

7

LA PROLONGACIÓN DEL CONFLICTO ARMADO NO INTERNACIONAL EN COLOMBIA COMO PRESUPUESTO MATERIAL DE APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO: INVESTIGACIÓN Y JUZGAMIENTO DE LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS MILITARES

Édgar Solano González

RESUMEN

Por medio de este artículo se pretende demostrar que aun tras la firma del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera entre el Gobierno Nacional y las FARC-EP la situación de conflicto armado interno en Colombia se prolongará y, por tanto, el derecho internacional humanitario seguirá siendo aplicable. En consecuencia, las extralimitaciones en el uso de la fuerza en que incurran los miembros de las Fuerza Militares deberán ser investigadas y juzgadas con base en las normas y los principios del derecho internacional humanitario, independientemente de la autoridad judicial competente.

INTRODUCCIÓN

El presente documento tiene por objeto establecer que, aun con la firma del Acuerdo Final para la Terminación del Con-

flicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera¹ entre el Gobierno Nacional y las FARC-EP, la situación de conflicto armado interno se prolongará en la mayor parte del territorio colombiano² y por tanto las Fuerzas Militares estarán

-
- 1 Con base en los resultados del plebiscito el Acuerdo Final no podía ser implementado por el presidente de la República. Al respecto, la Corte Constitucional mediante la sentencia C-379 de 2016 estableció lo siguiente: “[...] la Corte advierte que los potenciales efectos aprobatorios del Acuerdo Final, solo tienen como objeto activar la implementación del mismo, así como darle legitimidad democrática y estabilidad temporal. En el caso contrario, esto es, la desaprobación del plebiscito especial, lo que se afecta es la implementación normativa del Acuerdo por parte del Presidente de la República, pero ello no significa que la decisión del Pueblo haya privado de contenido al derecho a la paz, pues esto no es lo que se somete a discusión, ni menos que afecte el ejercicio de acciones para la conservación del orden público, entre ellas la suscripción de acuerdos de paz con grupos armados al margen de la ley [...]” (Corte Constitucional, sentencia C-379 de 2016, MP: Luis Ernesto Vargas Silva, 18 de julio de 2016). El 26 agosto de 2012 el Gobierno Nacional y las FARC establecieron en el Acuerdo General para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera que la agenda de negociaciones incluiría los siguientes temas: (i) política de desarrollo agrario integral; (ii) participación política; (iii) fin del conflicto; (iv) drogas ilícitas; y (v) víctimas. En el punto relativo al ‘Fin del conflicto’ se estableció que éste consiste en un proceso integral y simultáneo que implica: (i) cese el fuego y de hostilidades bilateral y definitivo; (ii) dejación de las armas y reincorporación de las FARC a la vida civil; (iii) revisión de las personas privadas de la libertad, procesadas o condenadas, por pertenecer o colaborar con las FARC; (iv) intensificación por parte del Gobierno Nacional en el combate para acabar con las organizaciones criminales y sus redes de apoyo, incluyendo la lucha contra la corrupción y la impunidad en particular contra cualquier organización responsable de homicidios y masacres o que atente contra defensores de derechos humanos, movimientos sociales o movimientos políticos; (v) revisión, reformas y ajustes institucionales por parte del Gobierno Nacional, necesarios para hacer frente a los retos de la construcción de la paz; (vi) garantías de seguridad; y (vii) esclarecimiento del fenómeno del paramilitarismo en el marco de lo establecido en el punto del Acuerdo concerniente a las víctimas. (Fuente: *Acuerdo General para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*, 26 de agosto de 2012, disponible en [www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/AcuerdoGeneralTerminacionConflicto.pdf], consultado: agosto 22 de 2016). Con posterioridad, el 24 de noviembre de 2016 el Gobierno Nacional y las FARC-EP dieron a conocer el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera.
- 2 Al respecto, Francisco Rey Marcos y Joséphine Dubois señalaron en el informe de agosto de 2016 para el Instituto de Estudios sobre Conflictos y

autorizadas a hacer uso de la fuerza conforme al derecho internacional humanitario (en adelante, DIH). Una vez establecido lo anterior, se determinará que las investigaciones y los juzgamientos que se realicen respecto de las actuaciones efectuadas por miembros de las Fuerzas Militares con ocasión y en desarrollo del conflicto armado interno, en razón de alegadas extralimitaciones en el uso de la fuerza, deberán orientarse por los principios y reglas del DIH.

Para efectos de sustentar los razonamientos planteados, el presente escrito está estructurado en dos partes. La primera parte versa sobre el uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Militares en el marco del DIH, en razón de la prolongación del conflicto armado interno. Para ello se estudiarán los elementos objetivos que permiten constatar la existencia de un conflicto armado interno y los hechos y circunstancias que muestran la prolongación de dicha situación en Colombia.

La segunda parte comprende las razones que justifican la aplicación del DIH durante las etapas de investigación y juzgamiento de las presuntas conductas punibles perpetradas por miembros de las Fuerzas Militares, en relación con un conflicto armado o un enfrentamiento armado que reúna las condiciones objetivas del DIH. Veamos.

Acción Humanitaria, que “aquellas zonas en las que ha existido y existe una disputa por el control territorial entre dos o más actores armados serían las más violentas y con perspectivas más pesimistas. El caso paradigmático de esta situación es el Catatumbo, donde la presencia estatal es débil, las FARC-EP nunca han sido el actor dominante en la zona, el EPL, incluso tras la muerte de su líder alias Megateo, ha aumentado su presencia, el ELN también cuenta con efectivos y las Autodefensas Gaitanistas de Colombia (AGC) han ampliado sus actuaciones desde la frontera con Venezuela, produciéndose, además, alianzas *sui generis*. Arauca, Chocó, Nariño, ciertas zonas de Antioquia, de Cauca o de Valle del Cauca entrarían en esta categoría” (REY MARCOS, FRANCISCO y DUBOIS JOSÉPHINE. *El impacto humanitario de las nuevas dinámicas del conflicto armado y la violencia en diversas regiones de Colombia*. Instituto de Estudios sobre Conflictos y Acción Humanitaria, Bogotá, agosto de 2016, p. 14).

I. PRESUPUESTOS MATERIALES PARA LA APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

El DIH encuentra su razón de ser en la existencia de un conflicto armado sea este de carácter interno, internacional o internacionalizado. Es en este contexto en el que las disposiciones que lo conforman pueden desplegar sus efectos jurídicos pues, tal como lo señaló la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (en adelante, TPIY), en la causa *Tadic*, resolución de la moción de la defensa para una impugnación interlocutoria a la jurisdicción del 2 de octubre de 1995, “el derecho internacional humanitario se aplica a partir del inicio de dichos conflictos armados y se extiende más allá del cese de las hostilidades, hasta que se alcance la conclusión general de la paz; o, en caso de conflictos internos, hasta que se logre un arreglo pacífico”³.

Según la citada sentencia del TPIY, en el caso de los conflictos armados internos, el DIH se aplica hasta el momento en el que se “logre un arreglo pacífico”, lo que en el caso colombiano supondría la no aplicación del DIH con posterioridad al Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera (en adelante, el Acuerdo Final) entre el Gobierno Nacional y las FARC-EP.

Sin embargo, tal como lo indicó el Comité Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja en el informe de la xxxii Conferencia Internacional, el concepto de “arreglo pacífico” como criterio determinante del fin de un conflicto armado no internacional “no ofrece una guía práctica suficiente, e incluso podría interpretarse que introduce una dosis de formalismo en una determinación que debería estar

3 Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, *Tadic*, Sala de Apelaciones, Resolución de la Moción de la Defensa para una Impugnación Interlocutoria a la Jurisdicción, 2 de octubre de 1995, párr. 70.

guiada principalmente por los hechos sobre el terreno”⁴. En razón de esto, el citado comité afirma que tal criterio debe ser interpretado como una situación en la que se ha llegado a una pacificación fáctica y duradera del conflicto armado no internacional⁵.

De acuerdo con lo anterior, pretender que el conflicto armado interno que ha asolado a Colombia durante más de 50 años concluya con la sola firma del Acuerdo Final y que, en consecuencia, se entre automáticamente en un escenario de posconflicto implica desconocer que la finalización de un conflicto armado de carácter no internacional no está supeditada únicamente a un arreglo pacífico.

En estos términos, para que pueda decretarse la terminación de un conflicto armado no internacional deberá verificarse que, en efecto, se cumpla alguno de estos tres supuestos: (i) el nivel de intensidad de la violencia esté por debajo del umbral exigido⁶; (ii) una de las partes del conflicto desaparece o no tiene el nivel de organización requerido⁷; o (iii) cesen las hostilidades y no exista un riesgo real de reanudación⁸.

Para comprender mejor los anteriores supuestos, se procederá a analizar con mayor detalle los elementos objetivos que permiten constatar la existencia de un conflicto armado no internacional y, de esta manera, explicar con mayor amplitud por qué se prolongará el conflicto armado en Colombia. Se abordará en primer lugar la jurisprudencia

4 ES32IC/15/11, xxxii Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*, 8-10 de diciembre de 2015, p. 12.

5 Ídem.

6 Cfr. ES32IC/15/11, xxxii Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*, 8-10 de diciembre de 2015, pp. 12-13.

7 Ibídem, p. 13.

8 Ob. cit., 4, p. 13.

del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, la cual es de suma relevancia pues en ella el Tribunal ha establecido los hechos y circunstancias que muestran la configuración de los elementos objetivos de un conflicto armado interno.

Asimismo se estudiarán los informes y comentarios efectuados en este sentido por el Comité Internacional de la Cruz Roja (en adelante, CICR), pertinentes para el tema objeto de análisis. En segundo lugar, se realizará un estudio comparativo entre dichos elementos objetivos y las situaciones que se presentarán en Colombia con posterioridad a la firma del Acuerdo Final. Dicho análisis tendrá por sustento empírico los datos y registros incorporados en informes realizados por el Ministerio de Defensa Nacional, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia, la organización no gubernamental International Crisis Group y la Organización de los Estados Americanos sobre la Misión de Apoyo al proceso de Paz en Colombia, entre otros. Veamos.

A. Elementos objetivos que configuran la existencia de un conflicto armado no internacional

De acuerdo con el artículo 1.º del Protocolo II adicional a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, de 1977, el cual desarrolla y complementa al artículo 3.º común a los mencionados convenios, existe un conflicto armado interno cuando:

- i. se presentan enfrentamientos en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados;
- ii. los grupos armados organizados se encuentran bajo la dirección de un mando responsable;
- iii. los grupos armados organizados ejercen control sobre una parte del territorio; y

- iv. los grupos armados organizados realizan operaciones militares sostenidas y concertadas y estén en condiciones de aplicar el Protocolo II⁹.

Si bien en el Protocolo II adicional se identifican cuatro elementos, encontramos que el TPIY resume en dos los elementos objetivos que permiten declarar la existencia de un conflicto armado interno, a saber: (i) intensidad del conflicto y (ii) organización de las partes¹⁰. Para el Tribunal Penal Internacional *ad hoc*, estos elementos permiten “distinguir un conflicto armado del bandidaje, insurrecciones desorganizadas y de corta duración, o actividades terroristas, que no se encuentran sujetas al derecho internacional humanitario”¹¹.

-
- 9 Comité Internacional de la Cruz Roja, Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 1977.
- 10 Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Sala de Primera Instancia, Limaj et al., 30 de noviembre de 2005, párr. 90. El Comité Internacional de la Cruz Roja también establece que son dos las condiciones que se exigen para que exista un conflicto armado no internacional. Al respecto establece: “La clasificación de los conflictos armados no internacionales (CANI) en el marco del DIH es una tarea mucho más compleja. Pese a la ausencia de una definición clara de CANI en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, está ampliamente aceptado que, en lo que respecta a la aplicación del DIH, para que exista un CANI deben cumplirse dos condiciones: (1) existencia de hostilidades entre las fuerzas armadas gubernamentales y uno o más grupos no estatales con cierto nivel de organización, o entre dos o más grupos de este segundo tipo; y (2) cierto umbral de intensidad en la conducción de las hostilidades” (XXXII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*, 8-10 de diciembre de 2015, p. 10).
- 11 Id., párr. 89. El TPIY ha reiterado en varias sentencias que la intensidad del conflicto y la organización de las partes constituyen los elementos objetivos que permiten declarar la existencia de un conflicto armado no internacional. En este sentido, puede consultarse la siguiente jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional *ad hoc*: El Fiscal vs. Kunarac, Kovac y Vokovic, Caso n.º IT-96-23 y IT-96-23/1 (Sala de Apelaciones), 12 de junio de 2002, párr. 56; Brdjanin (Sala de Primera Instancia), 1.º de septiembre de 2004, párr. 122; Blagojevic y Jokic (Sala de Primera Instancia), 17 de enero de 2005, párr. 536; Halilovic (Sala de Primera Instancia), 16 de noviembre de 2005, párr. 24; Galic

En relación con el elemento “intensidad”, la Sala de Primera Instancia del TPIY, en el caso *Limaj et. al.*, del 30 de noviembre de 2005, indicó que al momento de evaluar la intensidad de un conflicto armado no internacional se han considerado hechos tales como “la gravedad de los ataques y si se han incrementado los choques armados, la extensión de los choques en el territorio y, en determinado periodo de tiempo, todo incremento en la cantidad de fuerzas gubernamentales y la movilización y la distribución de armas entre ambas partes en conflicto, así como si el conflicto ha atraído la atención del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y si se ha adoptado alguna resolución sobre el caso”¹².

En el mismo sentido, la Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional *ad hoc* en la causa *Haradinaj*, del 3 de abril de 2008, señaló que “el criterio de violencia armada prolongada se refería más a la intensidad de la violencia armada que a su duración”¹³. Tanto la Sala de Primera Instancia como la Sala de Apelaciones del TPIY evaluaron el criterio de ‘violencia armada prolongada’ en torno a la intensidad de la violencia desplegada¹⁴ y en consecuencia consideraron como factores para su determinación los si-

(Sala de Primera Instancia), 5 de diciembre de 2003, párr. 9; Stakic (Sala de Primera Instancia), 31 de julio de 2003, párr. 568.

- 12 Ob. cit., 10, párr. 90. En este sentido, el Comité Internacional de la Cruz Roja establece que unos de los hechos a considerar a fin de determinar si las hostilidades cumplen con el mínimo de intensidad exigido para la configuración de un conflicto armado interno, pueden ser: cuando las hostilidades son de índole colectiva o cuando el Gobierno tiene que recurrir a la fuerza militar contra los insurrectos, en lugar de recurrir únicamente a las fuerzas de policía (Naciones Unidas, Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado. *Protección jurídica internacional de los derechos humanos durante los conflictos armados*. Nueva York y Ginebra, 2011, p. 39).
- 13 *Prosecutor v. Ramush Haradinaj et al.*, causa n.º IT-04-84-T, fallo de 3 de abril de 2008, párrs. 49 y 60. Citado por Naciones Unidas, Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado. *Protección jurídica internacional de los derechos humanos durante los conflictos armados*. Nueva York y Ginebra, 2011, p. 39.
- 14 Ídem.

guientes: tipo de armas y otro material militar utilizado; número y calibre de las municiones disparadas; número de personas y tipo de fuerzas que toman parte en los combates; número de víctimas; grado de destrucción material; y número de civiles que huyen de las zonas de combate¹⁵.

En cuanto al elemento “organización”, el Tribunal Internacional *ad hoc* en la causa *Limaj et. al.*, del 30 de noviembre de 2005, indicó que al momento de evaluar el grado de organización de un grupo armado se debe analizar: (i) la existencia de una estructura de mando y de normas y mecanismos disciplinarios dentro del grupo; (ii) el hecho de que el grupo controle un territorio determinado; (iii) su capacidad de planificar, coordinar y llevar a cabo operaciones militares, incluidos los movimientos de tropas y la logística; y (iv) su capacidad para expresar una posición común y negociar y concertar acuerdos, como la cesación del fuego o los acuerdos de paz¹⁶. Asimismo, el TPIY incluye otros factores como: la existencia de cuarteles, zonas designadas de operación y la habilidad de procurar, transportar y distribuir armas¹⁷.

Por otra parte, de acuerdo con el TPIY, el grado de organización exigido para declarar la existencia de un conflicto armado interno “no necesita ser el mismo que el que se requiere para establecer la responsabilidad de los superiores por actos de sus subordinados dentro de la organización, ya que no se pretende determinar responsabilidad penal individual conforme a esta disposición del Estatuto”¹⁸.

15 Ídem.

16 Id., p. 40. En la causa *Haradinaj*, 3 de abril de 2008, la Sala de Primera Instancia del TPIY enfatizó que “solo puede existir un conflicto armado entre partes que estén suficientemente organizadas para enfrentarse entre sí con medios militares” (Naciones Unidas, Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado. *Protección jurídica internacional de los derechos humanos durante los conflictos armados*. Nueva York y Ginebra, 2011, pp. 39-40).

17 Ob. cit., 10, párr. 90, 89.

18 Ídem.

Con base en la anterior línea jurisprudencial, se establece que la aplicación del DIH no está sujeta a la subjetividad de los gobernantes sino que, al contrario, ésta depende de la presencia de los elementos objetivos que configuran la existencia de un conflicto armado no internacional. De continuar subsistiendo en Colombia las hostilidades con un alto nivel de intensidad y grupos armados con un grado de organización y estructura de mando suficientes como para “planificar, coordinar y llevar a cabo operaciones militares”¹⁹ y ejercer control en parte del territorio, habrá lugar a aplicar el DIH.

B. Prolongación del conflicto armado en Colombia

La configuración de un conflicto armado de carácter no internacional está determinada por la presencia de dos elementos objetivos en el territorio de un Estado: (i) la existencia de grupos armados organizados enfrentados con las Fuerzas Armadas del Estado o entre ellos mismos; y (ii) un alto nivel de violencia como resultado de los enfrentamientos entre las partes en conflicto. A partir de la constatación de los mencionados elementos, se puede establecer que un Estado se encuentra inmerso en una situación de conflicto armado de carácter no internacional, la cual está regulada por un marco jurídico específico: el DIH.

Si bien el Gobierno Nacional y las FARC-EP han firmado el Acuerdo Final, existen situaciones que permiten inferir la prolongación del conflicto armado en Colombia con posterioridad a aquel. Específicamente, se hace referencia a la presencia de agrupaciones que constituyen verdaderos grupos armados organizados, por ejemplo, el ELN, el ‘Clan del Golfo’ (anteriormente, ‘Clan Úsuga’), ‘Los Puntilleros’ y ‘Los Pelusos’, los cuales ejercen actos de violencia que superan

19 Ob. cit., 14, p. 40.

el umbral de violencia exigido por el DIH para catalogar una situación como conflicto armado interno. Además de la existencia de dichos grupos, hay un riesgo de reanudación de las hostilidades debido a la presencia de facciones disidentes, como es el caso del Frente Primero de las FARC-EP, y el posible rearme de miembros desmovilizados de las FARC-EP.

Con el propósito de establecer el tipo de organizaciones respecto de las cuales las Fuerzas Militares puedan hacer uso de la fuerza en el marco del DIH, el Ministerio de Defensa Nacional expidió la Directiva Permanente 15, del 22 de abril de 2016, en donde se establecen los lineamientos para caracterizar y enfrentar a los grupos armados organizados; y la Directiva Permanente 16, del 17 de mayo de 2016, mediante la cual se reglamenta el funcionamiento de los mecanismos de coordinación y decisión enunciados por la Directiva 15^[20]. A partir de las mencionadas directivas, el Ministerio de Defensa establece las diferencias entre un grupo armado organizado (GAO) y un grupo delictivo organizado (GDO).

Respecto de la primera categoría, el Ministerio de Defensa señala que se entenderá por grupos armados organizados (GAO) “los que bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte del territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas”²¹. Para efectos de identificar estos grupos, se

20 Entre las instancias de coordinación a las cuales hace referencia la Directiva 16 del Ministerio de Defensa Nacional, se encuentra el Centro Integrado de Inteligencia contra los Grupos Delictivos Organizados y Grupos Armados Organizados (CI2-GDO/GAO) cuyo objeto es “recibir, integrar y evaluar la información que se relacionada con el accionar de los grupos delictivos organizados que de acuerdo con información entregada por la Policía Nacional y organismos de inteligencia de todo el territorio nacional, puedan cumplir con los criterios objetivos para ser considerados con GAO. Este CI2-GDO/GAO será la instancia técnica para determinar la caracterización de estos grupos” (República de Colombia. Ministerio de Defensa Nacional. Directiva Permanente n.º 16 de 17 de mayo de 2016, p. 2).

21 Ob. cit., 14, p. 5.

tendrá en cuenta la concurrencia de los siguientes elementos: (a) uso de la violencia armada contra la Fuerza Pública u otras instituciones del Estado, la población civil, bienes civiles o contra otros grupos armados; (b) capacidad de generar un nivel de violencia armada que supere la de los disturbios y tensiones internas²²; y (c) organización y un mando que ejerce liderazgo o dirección sobre sus miembros²³. En relación con los grupos armados organizados, las Fuerzas Militares podrán hacer uso de la fuerza como primera opción de acuerdo con las normas y principios del DIH²⁴.

-
- 22 República de Colombia, Ministerio de Defensa Nacional, Directiva Permanente 15 de 22 de abril de 2016, p. 6. Como factores que permiten medir el nivel de intensidad de las operaciones, se señalan algunos de los establecidos por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia en el caso LjubeBoskoski y Johan Tarculovski, sentencia de 10 de julio de 2008, a saber: (i) la seriedad de los ataques y su incremento en cantidad o la dispersión en el territorio; (ii) la propagación de los enfrentamientos en un territorio y en un período de tiempo determinado; (iii) el incremento en el pie de fuerza de las Fuerzas Militares de un país, la movilización y distribución de armamento; (iv) la atención internacional que el conflicto haya recibido; (v) el tipo de armamento empleado, la utilización de equipos militares, el bloqueo o el asalto a ciudades y la extensión de su destrucción; (vi) el número de víctimas resultantes de ataques; (vii) el número de tropas y unidades desplegadas; (viii) la ocupación de un territorio, de ciudades y pueblos; (ix) el despliegue de las FF. MM. a las áreas críticas; y (x) el cierre de carreteras.
- 23 Id., p. 5. Respecto del nivel de organización se pueden considerar hechos como: la existencia de campamentos, zonas designadas de operación y la capacidad de procurar, transportar distribuir armas (República de Colombia, Ministerio de Defensa Nacional, Directiva Permanente 15 de 22 de abril de 2016, p. 6).
- 24 No obstante compartir el DIH y el DIDH la finalidad de proteger y garantizar la dignidad e integridad humanas, el uso de la fuerza constituye una de las mayores diferencias entre ambos cuerpos normativos. De acuerdo con el DIH, en un conflicto armado las Partes enfrentadas están autorizadas a ejercer el uso de la fuerza contra “los objetivos militares del adversario, incluido el personal militar. Las disposiciones que regulan dicho uso de la fuerza reflejan la realidad y necesidades propias de un conflicto armado” (véase XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*, 28 de noviembre - 1.º de diciembre de 2011, p. 21). Por su parte, el DIDH, si bien aplicable tanto en tiempos de paz como de guerra, en materia de uso de la fuerza contiene disposiciones diseñadas para situaciones que en nada se equiparan a las hostilidades propias de un conflicto armado.

Como se puede observar, el Ministerio de Defensa se apoya en la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia²⁵ al considerar elementos esenciales que caracterizan a un grupo armado organizado: el nivel de organización del grupo y el nivel de violencia ejercido por éste.

En relación con la categoría de grupo delictivo organizado (GDO), el Ministerio de Defensa Nacional señala que se entenderá por tal “aquel grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados, con el propósito de obtener directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”²⁶. Frente a estos grupos se ha establecido que es la Policía Nacional el cuerpo encargado de enfrentarlos²⁷, conforme a las reglas establecidas por el derecho internacional de los derechos humanos sobre el uso de la fuerza²⁸.

25 Las sentencias en las que se fundamenta son: International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY). The Prosecutor v LjubeBoskoski and Johan Tarculovski. Judgment IT-04-82-T, 10 de julio de 2008, par. 177 y 194; Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, caso del Fiscal v. Dusko Tadic, n.º IT-94-1-AR72.

26 Ob. cit., 22, p. 7.

27 Cfr. Naciones Unidas, Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado. *Protección jurídica internacional de los derechos humanos durante los conflictos armados*. Nueva York y Ginebra, 2011, p. 2.

28 La Resolución 00448 de 19 de febrero de 2015 de la Policía Nacional establece que para efectos del uso de la fuerza y el empleo de elementos, dispositivos, municiones y armas no letales en la Policía Nacional (art. 5) se deberá tener en cuenta la siguiente normatividad internacional: (i) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 2, 6 y 7; (ii) Convención contra la Tortura, preámbulo: párrafos 4 y 6, artículos 1, 2 y 4; (iii) Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículos 26 y 27; (iv) Convención Americana de Derechos Humanos, artículos 2, 4, 5, 7 y 27; (v) Declaración Universal de Derechos Humanos, artículos 3 y 5; (vi) Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. Resolución 34/169 de 17 de diciembre de 1979. Organización de las Naciones Unidas; (vii) Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de las armas de fuego por funcionarios encargados

Para efectos de evaluar y establecer la necesaria aplicación del DIH con posterioridad al Acuerdo Final, a continuación se analizará si las amenazas a la seguridad pública del país, como, por ejemplo, las “bandas criminales” (Bacrim) y el ELN cumplen con los elementos para ser caracterizados como grupos armados organizados (GAO). De igual forma, se estudiará si existe un riesgo real de reanudación de hostilidades en razón de la conformación de grupos armados organizados integrados por miembros o facciones disidentes de las FARC-EP (aquellos que no se acojan al proceso de paz) o por aquellos miembros que a pesar de haberse desmovilizado decidan retomar las armas²⁹.

Con el objeto de determinar si estas agrupaciones constituyen o no grupos armados organizados en los términos consagrados en las directivas permanentes 15 y 16 del Ministerio de Defensa Nacional, el presente acápite se dividirá en tres partes: (1) Bacrim; (2) ELN; y (3) disidencia y rearme de miembros de las FARC-EP en el marco del postacuerdo. Veamos.

de hacer cumplir la ley. Octavo Congreso de las Naciones Unidas, 1990; y (viii) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Por otra parte, en el artículo 7 de dicha Resolución se establece que el uso de la fuerza por parte de la Policía Nacional debe orientarse por los siguientes principios: (i) necesidad; (ii) legalidad; (iii) proporcionalidad; (iv) temporalidad; y (v) racionalidad.

- 29 En relación con el tema de las posibles disidencias y reincidencias con posterioridad al Acuerdo Final, el Observatorio de Paz y Conflicto ha expresado: “Después de logrado el acuerdo final, la situación de seguridad en las actuales zonas de conflicto puede encontrar amenazas actuales y potenciales, las cuales requieren ser identificadas de manera pertinente. Las ‘amenazas actuales’ hacen referencia a las organizaciones armadas ilegales vigentes que permanezcan en el territorio, así como a las organizaciones de delincuencia organizada y común. Las ‘amenazas potenciales’ refieren a las organizaciones que pueden surgir o se fortalezcan en un momento posterior a la firma de los acuerdos. Estas organizaciones podrían estar integradas, entre otros, por disidentes de las FARC-EP o excombatientes de esa guerrilla que retomen las armas” (Retos de la dejación de armas en el proceso de paz con las FARC-EP, Observatorio de Paz y Conflicto, 2015, p. 13).

1. *Bandas criminales*

El fenómeno denominado “bandas criminales” (Bacrim) tuvo origen en el año 2006, etapa posterior al proceso de desmovilización de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) realizado durante la presidencia de Álvaro Uribe Vélez. Estos grupos, conformados por “paramilitares”³⁰ disidentes y reincidentes, han sido observados con gran preocupación pues, tal como lo estableció el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia en el informe del 28 de febrero de 2008 y ha sido reiterado en distintos informes³¹, estas bandas ejercen violencia contra la población civil³² a través de homicidios,

30 El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia emplea la expresión “Paramilitares”.

31 A/HRC/7/39, Asamblea General de las Naciones Unidas, Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General, 28 de febrero de 2008; La Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos en Colombia ha reiterado su preocupación en relación con el fenómeno de las bandas criminales en los siguientes informes: A/HRC/4/48 Naciones Unidas, Asamblea General. Aplicación de la resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006, titulada “Consejo de Derechos Humanos”. Informe anual de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, 5 de marzo de 2007; A/HRC/10/032 Naciones Unidas, Asamblea General. Aplicación de la resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006, titulada “Consejo de Derechos Humanos”. Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, 19 de febrero de 2009; A/HRC/14/24/Add.2 Naciones Unidas, Asamblea General. Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Philip Alston 31 de marzo de 2010; A/HRC/22/17/Add.3. Naciones Unidas, Asamblea General. Informe anual de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 7 de enero de 2013; A/HRC/25/19/Add.3. Naciones Unidas, Asamblea General. Informe anual de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 24 de enero de 2014.

32 Cfr. A/HRC/7/39, Asamblea General de las Naciones Unidas, Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General, 28 de febrero de 2008, párr. 40.

masacres, actos de “limpieza social”, amenazas de muerte y reclutamiento de menores, mostrando la necesidad de un esfuerzo redoblado de la Fuerza Pública para combatir a estos nuevos grupos³³.

Según la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación³⁴ (en adelante, CNRR), los disidentes “son grupos que pertenecían a las AUC y no se desmovilizaron, ya sea porque nunca entraron a la negociación, se desmovilizaron parcialmente o porque durante el proceso decidieron volver a la actividad armada”³⁵. Por otra parte, de acuerdo con lo señalado por la CNRR, los rearmados son aquellos miembros de las AUC que a pesar de haberse desmovilizado “reincidieron en violencia armada relacionada con otras actividades ilegales, a través de grupos ya existentes o conformando otros”³⁶.

Desde el 2006 hasta el día de hoy, se ha observado cómo las actuaciones de estos grupos han sobrepasado el umbral de violencia que caracteriza a un grupo armado organizado

33 Id., párr. 42.

34 Creada en el marco de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005). El artículo 50 de la Ley 975 de 2005 consagra la conformación de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación y establece que tendrá una vigencia de 8 años. Entre las funciones designadas a dicha Comisión (art. 51) figuraban: garantizar a las víctimas su participación en procesos de esclarecimiento judicial y la realización de sus derechos, presentar un informe público sobre las razones para el surgimiento y evolución de los grupos armados ilegales, hacer seguimiento y verificación a los procesos de reincorporación y a la labor de las autoridades locales a fin de garantizar la desmovilización plena de los miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, y el cabal funcionamiento de las instituciones en esos territorios, presentar un informe acerca del proceso de reparación a las víctimas de los grupos armados al margen de la ley, recomendar los criterios para las reparaciones, coordinar la actividad de las Comisiones Regionales para la Restitución de Bienes, y adelantar acciones nacionales de reconciliación que busquen impedir la reaparición de nuevos hechos de violencia que perturben la paz nacional.

35 GRANADA, SOLEDAD, RESTREPO, JORGE y TOBÓN, ALONSO. Neoparamilitarismo en Colombia: una herramienta conceptual para la interpretación de dinámicas recientes del conflicto armado colombiano. *Guerra y violencias en Colombia, Herramientas e interpretaciones*. Pontificia Universidad Javeriana, 2009, p. 472.

36 Id., p. 473.

conforme al DIH. En informe del 4 de marzo de 2010³⁷, la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos señaló “la expansión y creciente actividad y violencia contra la población perpetrada por los grupos armados ilegales surgidos del proceso de desmovilización de organizaciones paramilitares”³⁸. De acuerdo con este informe, entre los actos de violencia cometidos por dichos grupos en el 2009 figuran masacres, homicidios, amenazas, desplazamientos forzados y violencia sexual³⁹. Estos actos de violencia hacen parte de la estrategia de estos grupos para obtener el control en los territorios en donde ejercen su influencia⁴⁰.

Por otra parte, algunas bandas criminales han demostrado tener el grado de organización necesario para perpetrar actos de violencia contra la Fuerza Pública, la población civil

37 A/HRC/13/72, Asamblea General de las Naciones Unidas, Informe anual de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, 4 de marzo de 2010.

38 Ob. cit., 37, párr. 58.

39 Ob. cit., 37, párr. 59.

40 Cfr. A/HRC/13/72, Asamblea General de las Naciones Unidas, Informe anual de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, 4 de marzo de 2010, párr. 60.

En informe de 2012, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas manifestó que estos grupos posdesmovilización “son considerados por todos los sectores una de las mayores amenazas para el orden público y responsables del mayor número de asesinatos, violaciones, actos de explotación sexual, violencia física y psicológica, desplazamientos forzados, extorsiones, hostigamientos y amenazas” (A/HRC/22/17/Add.3*, Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, 2012, párrs. 86 y 87). Respecto de los actos de violencia ejercidos por estos grupos, la organización no gubernamental, *International Crisis Group*, en informe sobre América Latina n.º 41 de 8 de junio de 2012 señaló que, entre el 2008 y el 2010, los nuevos grupos armados ilegales llevaron a cabo más actos unilaterales de violencia que las guerrillas. En el 2010, fueron responsables de más del 15 por ciento del total de desplazamientos forzados internos, una cifra que superó el 40 por ciento en algunos departamentos altamente afectados como Magdalena o Córdoba (*Seis tesis sobre la evolución del conflicto armado en Colombia*. Fundación Ideas para la Paz, septiembre de 2014, p. 35).

y bienes civiles y ejercer control efectivo en distintas zonas del territorio⁴¹. Así lo estableció el Observatorio de Procesos de Desarme, Desmovilización y Reintegración (ODDR) de la Universidad Nacional de Colombia, en informe de 2012, al indicar que las bandas criminales incrementaron la presencia armada en diferentes departamentos del país⁴², a través de las siguientes estructuras: el Ejército Revolucionario Popular Anticomunista de Colombia (ERPAC) y sus dos bloques, el Libertadores de Vichada y el Meta; La Cordillera; la Oficina Caribe; la Oficina de Envigado; Las Águilas Negras; Los Machos; Los Paisas; Los Rastrojos y Los Urabeños⁴³. Particularmente, el Ejército Revolucionario Popular Anticomunista de Colombia (ERPAC), para el año 2012, contaba con más de 4800 miembros en 167 municipios⁴⁴. Según otros cálculos, el número de miembros ascendía a 8000 con presencia en 406 municipios⁴⁵.

De acuerdo con el informe “Acción 2013 y Perspectivas 2014” del Comité Internacional de la Cruz Roja, el impacto

41 Entre las zonas en donde las bandas criminales ejercen mayor influencia, se encuentran: Norte de Santander, región Caribe, la frontera con Venezuela, Urabá antioqueño, el Magdalena Medio, Llanos Orientales, Cauca, Nariño, y en el Norte del Valle (Águilas Negras); Golfo de Urabá, Antioquia, sur de Córdoba y norte del Chocó (Los Urabeños); Guajira, Córdoba, Sucre y Cesar (Los Paisas); Norte del Valle, Risaralda, frontera con el Perú y Ecuador, norte de Antioquia, Chocó y Norte de Santander (Los Rastrojos); Meta, Guaviare, Vichada y Casanare (ERPAC); Norte del Valle (Los Machos).

42 Presencia de organizaciones guerrilleras y ‘Bacrim’ en territorio colombiano. Observatorio de Procesos de Desarme, Desmovilización y Reintegración (ODDR) Universidad Nacional de Colombia, 2012, p. 2.

43 Ídem. Según informes de la Fiscalía, los Urabeños se ha convertido en la banda más grande y con mayor presencia en el país, alcanzando para finales de 2013 alrededor de 2300 miembros y en al menos 140 municipios en 12 departamentos (*Seis tesis sobre la evolución del conflicto armado en Colombia*. Fundación Ideas para la Paz, septiembre de 2014, p. 35).

44 International Crisis Group. *Desmantelar los nuevos grupos armados ilegales en Colombia: Lecciones de un sometimiento*. Informe sobre América Latina n.º 41, 8 de junio de 2012, p. 2.

45 Ídem.

de las denominadas bandas criminales es comparable al de un conflicto armado interno, razón por la cual el Comité afirma que la culminación de un Acuerdo de Paz exitoso con los grupos insurgentes no pondrá fin a la violencia armada generada por otros grupos armados⁴⁶.

A pesar de que las bandas criminales se caracterizan por tener un grado de organización que les permite ejercer control en diferentes zonas del país⁴⁷ y realizar operaciones militares cuyos daños alcanzan un alto nivel de violencia⁴⁸, el Ministerio de Defensa Nacional por medio de la Directiva Permanente 14, del 27 de mayo de 2011, instauró como política para la lucha contra las bandas criminales la realización de operativos por parte de la Policía Nacional adecuados a las normas del derecho internacional de los derechos humanos⁴⁹. El Ministerio del Interior y de Justicia, mediante Decreto 2374 del 1.º de julio de 2010, “Por el cual se crea la Comisión Interinstitucional contra las Bandas y Redes Criminales, y se dictan otras disposiciones”, estableció que únicamente se podía autorizar la asistencia militar contra las bandas criminales cuando la Policía Nacional así lo solicitara en razón del nivel de hostilidad y organización de determinada agrupación⁵⁰.

46 Colombia: Situación Humanitaria. Comité Internacional de la Cruz Roja. Acción 2013 y Perspectivas 2014, p. 7.

47 Ob. cit., 44, p. 2.

48 La organización no gubernamental, *International Crisis Group*, en informe sobre América Latina n.º 41 de 8 de junio de 2012, p. 2, señaló que, entre el 2008 y el 2010 los nuevos grupos armados ilegales (NGAI) llevaron a cabo más actos unilaterales de violencia que las guerrillas. En el 2010, fueron responsables de más del 15 por ciento del total de desplazamientos forzados internos, una cifra que superó el 40 por ciento en algunos departamentos altamente afectados como Magdalena o Córdoba.

49 República de Colombia, Ministerio de Defensa Nacional. Directiva Permanente n.º 14 del 27 de mayo de 2011.

50 Artículo 11, Decreto 2375 del 1.º de julio de 2010. El Ministerio del Interior y de Justicia mediante el Decreto 2374 de 2010 creó la Comisión Interinstitucional contra las Bandas y Redes Criminales. En dicho decreto se identificó como bandas criminales a las siguientes agrupaciones: Los Rastrojos, Los Paisas, Urabá (o Urabeños), Ejército Revolucionario Popular Antiterrorista

En otras palabras, el Ministerio de Defensa no reconoció que algunas de las bandas criminales tienen el carácter de grupo armado organizado y, por lo tanto, constituían un objetivo militar legítimo frente al cual las Fuerzas Militares podían hacer uso de la fuerza conforme a las disposiciones del DIH. Pasaron cinco años para que el Ministerio de Defensa reconociera mediante las directivas permanentes 15 y 16 que existen bandas criminales que cumplen con los criterios objetivos de un grupo armado organizado conforme con el DIH.

Sobre la base de la anterior consideración, la Directiva Permanente 15 establece los elementos que caracterizan a un grupo armado organizado (GAO) y lo distinguen de la categoría de grupo delictivo organizado (GDO). En el caso de los grupos armados organizados, el DIH será el marco jurídico aplicable para las Fuerzas Militares al momento de hacer uso de la fuerza y, en el caso de los grupos delictivos organizados, la Policía Nacional será quien los enfrente conforme a las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos. La Policía Nacional o la autoridad civil competente podrán solicitar a las Fuerzas Militares asistencia militar⁵¹ para enfrentar a estos grupos delictivos⁵².

Colombiano (ERPAC), Renacer y Los Machos. De acuerdo con este decreto, las bandas criminales tienen un componente estructural y un componente de redes criminales. Respecto del componente estructural establece que “están ubicadas en zonas rurales, poseen armas de guerra y evidencian una jerarquía buscando capacidad para custodiar, explotar y disputar zonas estratégicas del narcotráfico y otras modalidades delictivas”. En cuanto al componente de redes criminales señala que si bien estas redes no hacen parte del componente estructural, “sí se identifican como miembros de las Bacrim a la que sirven, así simultáneamente pertenezcan a otros grupos delincuenciales”. La Comisión Interinstitucional contra las Bandas y Redes Criminales se creó por el término de un año (prorrogables previo concepto favorable del Consejo Superior de Política Criminal y Penitenciaria) y tenía por objeto la articulación de esfuerzos para la captura y judicialización de personas que conformaran o hicieran parte de las bandas criminales (arts. 1 y 2 del Decreto 2374 de 2010).

51 En relación con la “asistencia militar”, el Proyecto de Ley n.º 99 de 2014, “Por la cual se expide el Código Nacional de Policía y Convivencia”, establece: “Artículo 214. Apoyo militar excepcional. Cuando hechos de grave alteración

Actualmente, se reconoce el carácter de grupo armado organizado (GAO) a las siguientes bandas criminales: El ‘Clan del Golfo’ (anteriormente, ‘Clan Úsuga’), ‘Los Puntilleros’ y ‘Los Pelusos’. Estos tres grupos, en conjunto, cuentan con al menos 3000 hombres en armas⁵³. De acuerdo con el diario *El Tiempo* del 6 de mayo de 2016, el ‘Clan del Golfo’ (anteriormente, ‘Clan Úsuga’) es una estructura muy similar a los antiguos paramilitares, que nace de las Autodefensas Gaitanistas⁵⁴, ‘Los Pelusos’ son unos 200 ilegales que están ubicados en Norte de Santander y controlan cultivos y

de la seguridad y la convivencia lo exijan, o ante riesgo o peligro inminente, o para afrontar emergencia o calamidad pública, el Presidente de la República, podrá disponer, de forma temporal y excepcional del apoyo de la fuerza militar. No obstante, los gobernadores y alcaldes municipales o distritales podrán solicitar al Presidente de la República tal apoyo, quien evaluará la solicitud y tomará la decisión. La actuación de apoyo se regirá por los protocolos y normas especializadas sobre la materia y en coordinación con el comandante de policía de la jurisdicción. Parágrafo. En caso de emergencia, catástrofe o calamidad pública, el apoyo militar se regirá por los procedimientos y normas especializadas, bajo la coordinación de los comités de emergencia y oficinas responsables en la materia”.

52 Ob. cit., 44.

53 *El Tiempo*. ‘Vía libre para bombardear a las tres bandas criminales más fuertes’, Autorizan ‘aplicar toda la fuerza del Estado’ contra ‘Clan del Golfo’ (anteriormente, ‘Clan Úsuga’), ‘Puntilleros’ y ‘los Pelusos’, 6 de mayo de 2016, [www.eltiempo.com/politica/justicia/autorizan-bombardear-a-Bacrim-clan-usuga-los-puntilleros-y-los-pelusos/16583590], consultado: 10 de agosto de 2016.

54 Ídem. De acuerdo con el diario *El Universal*, el ‘Clan del Golfo’ (anteriormente, ‘Clan Úsuga’) “tiene presencia en 17 de los 32 departamentos del país y ha reclutado a más de 3000 personas. El Gobierno Nacional lanzó hace dos años la operación Agamenón con el propósito de desarticular la banda y capturar a su máximo líder, Dairo Antonio Úsuga, alias ‘Otoniel’. Actualmente, Agamenón cuenta con 1700 hombres y se han invertido 12 mil millones de pesos [...] Alias ‘Otoniel’, campesino de 46 años, criado en el corregimiento Pueblo Nuevo, ubicado en Necoclí (Antioquia), es el líder de la organización que ha venido a ocupar los espacios dejados por los grupos paramilitares y que ha extendido su influencia en zonas ocupadas por la guerrilla de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, FARC”. *El Universal*. “Clan Úsuga”: dónde nacieron, cómo actúan y qué buscan, 6 de abril de 2016. Disponible en [www.eluniversal.com.co/colombia/clan-usuga-donde-nacieron-como-actuan-y-que-buscan-223132], consultado: septiembre 13 de 2016.

áreas en la zona de frontera⁵⁵, y ‘Los Puntilleros’, quienes “nacieron de la unión de la disidencia del Erpac, el Bloque Libertadores del Vichada y el Bloque Meta”⁵⁶, es un grupo conformado por aproximadamente “300 delincuentes armados con fusiles y otro material de guerra” y ejercen control en los Llanos Orientales⁵⁷.

En este sentido, es claro que aún con la firma del Acuerdo Final, el conflicto armado interno se prolongará y el DIH mantendrá su vigencia.

55 Ídem. Según el diario *La Opinión*, ‘Los Pelusos’ tienen influencia en los corregimientos San Pablo (Teorama), Filo El Gringo (El Tarra) y Aspasica y La Vega de San Antonio en La Playa de Belén, zonas en las que ejercen control sobre la población “imponiendo reglas de comportamiento, horarios para sus actividades y delimitando las zonas por las que pueden transitar. A los que se oponen a esta forma de actuar o desacatan las órdenes impartidas, se les amenaza y obliga a salir de la región”. Para mayo de 2016 ‘Los Pelusos’ registraron “19 acciones criminales: 7 contra la fuerza pública y 12 contra la población civil, en las que han resultado 17 muertos (2 policías, 1 militar y 14 civiles) y 4 lesionados (1 policía y 3 militares)”. *La Opinión*. ‘Los Pelusos’, la Bacrim que se disfraza de guerrilla en el Catatumbo, 15 de mayo de 2016. Disponible en [www.laopinion.com.co/judicial/los-pelusos-la-Bacrim-que-se-disfraza-de-guerrilla-en-el-catatumbo-111847#ATHS], consultado: septiembre 13 de 2016.

56 Ídem. “El grupo armado organizado ‘Los Puntilleros’ está conformado por miembros del disuelto Ejército Revolucionario Popular Anticomunista de Colombia (Erpac), que actúan en algunos sectores de los Llanos Orientales” (tomado de *Noticias Terra*. Gobierno colombiano defiende bombardeos para combatir a bandas criminales, 6 de mayo de 2016. Disponible en [<https://noticias.terra.com.co/colombia/gobierno-colombiano-defiende-bombardeos-para-combatir-a-bandas-criminales,56411d9ee6958648af7b5656a0941db88z-36b53m.html>], consultado: septiembre 13 de 2016).

57 Ídem. De conformidad con lo establecido en la Directiva Permanente 15 de 2016 del Ministerio de Defensa, las Fuerzas Militares están autorizadas a hacer uso de la fuerza dentro del marco del DIH contra el ‘Clan del Golfo’ (anteriormente, ‘Clan Úsuga’), ‘los Puntilleros’ y ‘los Pelusos’. El ministro de Defensa Luis Carlos Villegas tras una sesión especial de la Comisión Segunda del Senado en Apartadó, manifestó que estas organizaciones serán perseguidas autónoma o coordinadamente por las Fuerzas Militares y por la Policía Nacional (tomado de *La Opinión*. Bombardearán a Los Úsuga, Los Pelusos y Los Puntilleros, 6 de mayo de 2016. Disponible en [www.laopinion.com.co/colombia/bombardearan-los-usuga-los-pelusos-y-los-puntilleros-111366#ATHS], consultado: septiembre 13 de 2016).

2. ELN

El Ejército de Liberación Nacional (ELN) constituye el segundo grupo insurgente de Colombia y cuenta con aproximadamente 2500 combatientes entre sus filas, centrandó su influencia en zonas mineras y petroleras del país. El ELN está bajo el comando de Nicolás Rodríguez Bautista, alias “Gabino”⁵⁸.

Según el informe del Observatorio de Procesos de Desarme, Desmovilización y Reintegración (ODDR) de la Universidad Nacional de Colombia, de noviembre de 2012, la estructura organizativa del ELN está conformada por siete macroestructuras que se encuentran en diferentes departamentos del país⁵⁹. Estas son: Frente de Guerra Central, Frente de Guerra Darío Ramírez Castro, Frente de Guerra Nororiental, Frente de Guerra Norte, Frente de Guerra Occidental, Frente de Guerra Oriental y Frente de Guerra Suroccidental⁶⁰.

58 *El País*. Conozca la historia del ELN, la guerrilla colombiana fundada por sacerdotes, marzo 30 de 2016. Disponible en [www.elpais.com.co/elpais/judicial/noticias/conozca-historia-eln-guerrilla-colombiana-fundada-por-sacerdotes]. El 10 de octubre de 2016 el Gobierno Nacional y el ELN anunciaron la instalación de la fase pública de negociaciones. Las delegaciones de ambas partes acordaron: 1. Instalar el día 27 de octubre en Quito, Ecuador, la mesa pública de conversaciones; 2. La agenda de conversaciones se iniciará con el punto 1. Participación de la sociedad en la construcción de la paz; adicionalmente, se trabajará el sub punto 5f. Acciones y dinámicas humanitarias; 3. Iniciar el proceso de liberación de los secuestrados/retenidos con 2 casos antes del 27 de octubre. Además, cada una de las partes hará, a partir de la fecha, otras acciones y dinámicas humanitarias para crear un ambiente favorable para la paz (tomado de [www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/Prensa/Paginas/2016/octubre/Instalacion-de-la-fase-publica-de-negociaciones-entre-el-Gobierno-y-el-ELN.aspx]). Los puntos que se establecen en la Agenda de Negociaciones a fin de suscribir un Acuerdo Final para terminar el conflicto armado y acordar transformaciones de búsqueda de una Colombia en paz y equidad, son los siguientes: 1. Participación de la Sociedad en la Construcción de la Paz; 2. Democracia para la Paz; 3. Transformación para la Paz; 4. Víctimas; 5. Fin del Conflicto Armado; y 6. Implementación (tomado de [www.scribd.com/doc/306419528/Acuerdo-Dialogos-Paz-Gobierno-Colombia-Eln#fullscreen&from_embed], consultado: octubre 31 de 2016).

59 Ob. cit., 42, p. 3.

60 Ídem.

A su vez, dichas macroestructuras están compuestas por frentes rurales, frentes urbanos y compañías⁶¹. A través de esta estructura, el grupo guerrillero “hace presencia en 16 departamentos del territorio colombiano, con veintiocho frentes rurales, tres frentes urbanos y veintidós compañías”⁶². Según el subdirector académico del Observatorio de la Fundación Paz y Reconciliación, Ávila Martínez, el ELN, a diferencia de las FARC-EP, tiene una estructura mucho más política, más influencia política y un gran contingente de milicianos⁶³.

Este grupo armado organizado ejerce fuerte presencia y control en departamentos como Arauca, Norte de Santander, Casanare y Chocó⁶⁴, zonas en donde según reporte realizado por la organización no gubernamental Nuevo Arco Iris en el año 2013, se han concentrado sus acciones bélicas⁶⁵, lo cual denota un alto grado de organización.

En cuanto a la violencia desplegada por el ELN en sus 52 años de actividad, se encuentran registrados en varios de los informes realizados por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia la mayoría de actos de violencia perpetrados por este grupo, entre los cuales se destacan: actos de terrorismo y amenazas de violencia para aterrorizar a la población, homicidio de personas protegidas por el DIH, ataques indiscriminados que causan víctimas entre la población civil, toma de rehenes, ataques contra la infraestructura económica del país, haciendo volar torres de energía eléctrica, oleoductos y puentes, masacres y matanzas; utilización de minas anti-

61 Ídem.

62 *Ibidem* (Datos obtenidos a octubre de 2012).

63 *El Colombiano*. Pese a debilidad ELN no pierde influencia en sus zonas históricas, 3 de enero de 2014. Disponible en [www.elcolombiano.com/historico/pese_a_debilidad_eln_no_pierde_influencia_en_sus_zonas_historicas-GAEC_276437], consultado: 1.º de agosto de 2016.

64 *Ob. cit.*, 58.

65 Ídem.

personal, reclutamiento de niños y niñas, violencia sexual y bloqueos de alimentos o medicinas⁶⁶.

El Ministerio de Defensa en informe presentado al Congreso de la República sobre las labores cumplidas durante el período comprendido entre junio de 2012 y junio de 2013, hizo hincapié en que de continuar el ELN “en su desafío violento y terrorista contra el Estado y la población”⁶⁷, la misión de las Fuerzas Militares no será otra que debilitarlo hasta que decida buscar una salida negociada a la confrontación o hasta reducirlos a su mínima expresión criminal⁶⁸. Independiente de la implementación del Acuerdo Final entre el Gobierno

66 Véase E/CN.4/2002/17 Naciones Unidas, Consejo Económico y Social. Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la Oficina en Colombia, 28 de febrero de 2002, pp. 35-39, 44, 54; E/CN.4/2003/13 Naciones Unidas, Consejo Económico y Social. Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la Oficina en Colombia, 24 de febrero de 2003, pp. 54, 58, 60; E/CN.4/2004/13 Naciones Unidas, Consejo Económico y Social. Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la Oficina en Colombia, 17 de febrero de 2004, pp. 3, 19, 26, 49; E/CN.4/2005/10 Naciones Unidas, Consejo Económico y Social. Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la Oficina en Colombia, 28 de febrero de 2005, p. 17; E/CN.4/2006/9. Naciones Unidas, Consejo Económico y Social. Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, 20 de enero de 2006, p. 2; A/HRC/13/72 Naciones Unidas, Asamblea General. Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, 4 de marzo de 2010, pp. 14-15; A/HRC/19/21/Add.3. Naciones Unidas, Asamblea General. Informe anual de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 31 de enero de 2012, pp. 14-16; A/HRC/22/17/Add.3. Naciones Unidas, Asamblea General. Informe anual de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 7 de enero de 2013, p. 18; A/HRC/25/19/Add.3. Naciones Unidas, Asamblea General. Informe anual de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 24 de enero de 2014, p. 10, A/HRC/28/3/Add.3. Naciones Unidas, Asamblea General. Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 23 de enero de 2015, p. 13.

67 Memorias al Congreso, 2012-2013, presentadas al Congreso de la República, p. 8.

68 Ídem.

Nacional y las FARC-EP, el debilitamiento del ELN sigue siendo una prioridad estratégica para las Fuerzas Militares⁶⁹.

En suma, se puede establecer que mientras subsista un grupo armado organizado como el ELN, cuyo nivel de violencia y grado de organización son los exigidos por el DIH para ser catalogado como un grupo armado organizado, no puede hablarse de un escenario de posconflicto a partir de la implementación del Acuerdo Final entre el Gobierno Nacional y las FARC-EP. En este sentido, el Ministerio de Defensa Nacional estableció en su 'Política Integral de DD. HH. y DIH' del año 2008 que "mientras en partes del territorio subsistan grupos que atenten contra la soberanía y la autoridad con

69 Ídem. En marzo de 2016, el Gobierno Nacional y el ELN establecieron una agenda común de negociaciones con la finalidad de suscribir un Acuerdo de Paz. Las partes acordaron: (i) instalar una mesa de conversaciones pública en Ecuador; (ii) realizar las sesiones de la mesa en Ecuador, Venezuela, Chile, Brasil y Cuba. Estos países junto con Noruega serán los garantes; (iii) adelantar conversaciones directas e ininterrumpidas entre las Delegaciones del Gobierno y el ELN; (iv) ejecutar con la mayor celeridad y rigurosidad la agenda; y (v) desarrollar la agenda que incluye los siguientes ejes temáticos: participación de la Sociedad en la Construcción de la Paz, Democracia para la Paz, Transformaciones para la Paz, Víctimas y Fin del Conflicto Armado. El 10 de octubre de 2016 el Gobierno Nacional y el ELN anunciaron la instalación de la fase pública de negociaciones. Las delegaciones de ambas partes acordaron: 1. Instalar el día 27 de octubre en Quito, Ecuador, la mesa pública de conversaciones; 2. La agenda de conversaciones se iniciará con el punto 1. Participación de la sociedad en la construcción de la paz; adicionalmente, se trabajará el subpunto 5f. Acciones y dinámicas humanitarias; 3. Iniciar el proceso de liberación de los secuestrados/ retenidos con 2 casos antes del 27 de octubre. Además, cada una de las partes hará, a partir de la fecha, otras acciones y dinámicas humanitarias para crear un ambiente favorable para la paz (tomado de [www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/Prensa/Paginas/2016/octubre/Instalacion-de-la-fase-publica-de-negociaciones-entre-el-Gobierno-y-el-ELN.aspx], consultado: octubre 31 de 2016). Los puntos que se establecen en la Agenda de Negociaciones a fin de suscribir un Acuerdo Final para terminar el conflicto armado y acordar transformaciones de búsqueda de una Colombia en paz y equidad, son los siguientes: 1. Participación de la Sociedad en la Construcción de la Paz; 2. Democracia para la Paz; 3. Transformación para la Paz; 4. Víctimas; 5. Fin del Conflicto armado; y 6. Implementación (tomado de [www.scribd.com/doc/306419528/Acuerdo-Dialogos-Paz-Gobierno-Colombia-Eln#fullscreen&from_embed], consultado: octubre 31 de 2016).

un dispositivo militar, las Fuerzas Militares se guiarán por el DIH en sus esfuerzos por consolidar el control territorial y restablecer la autoridad civil. El DIH obra en ese caso como ‘ley especial’ (*lex specialis*) a la que hay que remitirse para interpretar el cumplimiento de las obligaciones en materia de DD. HH.⁷⁰.

3. *Disidencia y rearme como consecuencia del postacuerdo con las FARC-EP*

Con posterioridad a la firma del Acuerdo Final entre el Gobierno Nacional y las FARC-EP existe un riesgo real de reanudación de las hostilidades. El Comité Internacional de la Cruz Roja señala que dada la naturaleza fluctuante de los conflictos armados no internacionales en razón de ceses temporales de las hostilidades o por la inestabilidad en el nivel de organización de las partes no estatales en el conflicto, no puede concluirse apresuradamente su finalización⁷¹. Con base en la experiencia del Comité Internacional de la Cruz Roja, es recomendable esperar el cese completo de las hostilidades y luego evaluar las circunstancias fácticas que permitan establecer si existe o no un riesgo real de reanudación del conflicto⁷²:

La prueba del ‘riesgo de reanudación’ ayuda a asegurarse de que la identificación del fin de un CANI (conflicto armado no internacional) se sustenta no sólo en el cese de hostilidades, que puede ser breve, sino también en la determinación de que las operaciones militares de naturaleza hostil también han terminado. De ese modo, es posible y razonable descartar la probabilidad de que se reanuden las hostilidades⁷³.

70 Política Integral de DD. HH. y DIH, Ministerio de Defensa Nacional, 2007, pp. 23-24.

71 Ob. cit., 4, p. 13.

72 Ídem.

73 Ídem.

La conformación de grupos armados organizados integrados por miembros de las FARC-EP que no se acojan al Acuerdo de Paz o el ingreso de éstos a un grupo armado ya existente, tales como el ELN, ‘El Clan del Golfo’ (anteriormente, ‘Clan Úsuga’), ‘Los Puntilleros’ y ‘Los Pelusos’, así como el rearme de miembros desmovilizados de las FARC-EP, constituyen riesgos reales de reanudación de las hostilidades. Al respecto, el Observatorio de Paz y Conflicto señaló en el informe de 2015 que con la firma del Acuerdo Final, la situación de seguridad en las zonas de conflicto puede verse afectada por “amenazas potenciales”, es decir, por aquellas organizaciones que puedan surgir o se fortalezcan en un momento posterior a la implementación del Acuerdo⁷⁴. Según el Observatorio, estas organizaciones podrían conformarse por miembros de las FARC-EP que decidan no acogerse al proceso de paz con el Gobierno Nacional o, incluso, por desmovilizados de las FARC-EP que decidan retomar las armas⁷⁵.

Si bien ambos escenarios tienen por denominador común la conformación o el fortalecimiento de un grupo armado organizado ya existente, cada uno corresponde a una dinámica distinta. En el primer caso, se hace referencia al concepto de *disidencia*, concerniente a los casos en que miembros o facciones del grupo armado deciden apartarse de las negociaciones y, por lo tanto, no acogerse al proceso de paz y al contenido del Acuerdo Final, como es el caso del Frente Primero de las FARC-EP⁷⁶, el cual ejerce influencia en los departamentos

74 *Retos de la dejación de armas en el proceso de paz con las FARC*. Universidad Nacional de Colombia, Observatorio de Paz y Conflicto, 2015, pp. 12-13.

75 Ídem.

76 Durante la jornada de votación del plebiscito para reafirmar o rechazar los acuerdos entre Gobierno y FARC se registró un ataque a un puesto de votación en el Guaviare. El Ministerio de Defensa responsabilizó al Frente Primero de las FARC, que se declaró disidente al proceso de paz entre el Gobierno Nacional y las FARC. *El Espectador*. Confirman explosión de artefacto en puesto de votación en Guaviare, 2 de octubre de 2016. Disponible en [www.elespectador.

de Vaupés, Guaviare y Guainía, y es una de las estructuras encargadas de reclutar, preparar y enviar tropas a los demás frentes y bloques del grupo armado organizado⁷⁷. Según el Centro Nacional de Memoria Histórica (en adelante, CNMH), los grupos de disidentes corresponden a aquellas facciones detractoras que “no se acogieron al proceso de desarme y desmovilización”⁷⁸.

El segundo caso corresponde al rearme o reincidencia y alude a aquellos miembros o facciones del grupo armado que posterior a la desmovilización y dejación de armas deciden volver a la lucha armada. En términos del CNMH, hacen parte de la categoría de ‘rearmados’ las “personas y [los] grupos de personas desmovilizadas que reincidieron en actividades relacionadas con crimen organizado, narcotráfico y delincuencia común, bien a través de grupos ya existentes o mediante la conformación de otros”⁷⁹.

En relación con el tema de las disidencias, para el año 2013 el Ministerio de Defensa Nacional advirtió en informe presentado al Congreso de la República sobre dicho riesgo. Al respecto, expresó que esas “eventuales disidencias pueden tomar diferentes formas o manifestaciones criminales, semejantes a una Bacrim”⁸⁰ y también señaló la posibilidad que grupos de disidentes se organicen alrededor de actividades y economías ilegales de carácter más local, casi de delincuencia común, para lo cual también tendrá que haber

com/noticias/paz/confirman-explasion-de-artefacto-puesto-de-votacion-gua-articulo-658111], consultado: octubre 5 de 2016.

77 *Revista Semana*. El primer ataque del frente disidente de las FARC, agosto 11 de 2016. Disponible en [www.semana.com/nacion/articulo/guaviare-frente-primero-de-las-farc-habria-cometido-atentado-en-el-retorno/486591], consultado: agosto 26 de 2016.

78 Centro Nacional de Memoria Histórica, *Rearmados y Reintegrados, Panorama posacuerdos con las AUC*, Bogotá, CNMH, 2015, p. 66.

79 *Id.*, p. 64.

80 *Ob. cit.*, 67, p. 134.

planes de contención y de respuesta oportuna⁸¹. De acuerdo con el Ministerio de Defensa, esta situación “plantea un reto de seguridad que en sí mismo es un argumento de peso para no pensar siquiera en una reducción o, mucho menos, en un desmonte de la Fuerzas Armadas, que deberán estar en capacidad de enfrentar con toda contundencia a cualquier grupo o facción que pretenda utilizar las armas, la violencia o el terrorismo para atentar contra los derechos y libertades de la población”⁸².

En el caso particular de las FARC-EP, el Frente Primero de dicha agrupación manifestó a través de comunicado del 10 de junio de 2016 no estar de acuerdo con el proceso de paz que se está llevando a cabo con el Gobierno Nacional y que, en consecuencia, se mantendrá alzado en armas. En dicho comunicado, esta facción de las FARC-EP expresó que no se desmovilizará por considerar que “la política del Estado colombiano y sus aliados sólo buscan el desarme y la desmovilización de las guerrillas y no tienen en mente la solución de los problemas sociales y económicos del país”⁸³.

En un artículo del diario *El Espectador* publicado el 7 de julio de 2016 se indicó que este frente es uno de los más poderosos dentro de la estructura del grupo insurgente, esto “no solo por su capacidad bélica (inteligencia habla de 100 hombres en armas y 300 milicianos), también son los de mayor poder económico, al punto que gran parte de las finanzas de la guerrilla dependían de sus aportes fruto del negocio del narcotráfico”⁸⁴. Por otra parte, de acuerdo

81 Ídem.

82 Ídem.

83 *Diario Octubre*. El Frente Primero ‘Armando Ríos’ de las FARC no se desmoviliza. Disponible en [<https://diario-octubre.com/?p=63436>], consultado: agosto 26 de 2016.

84 *El Espectador*, Radiografía del frente de las FARC que se declara rebelde a la paz, 7 de julio de 2016. Disponible en [www.elespectador.com/noticias/politica/radiografia-del-frente-de-farc-se-declara-rebelde-paz-articulo-641993], consultado: agosto 13 de 2016.

con el diario *El Espectador*, se encuentra que la facción del Frente Primero de las FARC-EP opera principalmente en los departamentos de Guaviare y Meta, siendo estas zonas uno de los “enclaves más importantes” del grupo armado organizado⁸⁵.

El 11 de agosto de 2016 dicho frente realizó su primer ataque después de la declaración de disidencia. El ataque tuvo lugar en el municipio El Retorno del Departamento del Guaviare y consistió en la detonación de una motobomba que dejó heridos a dos auxiliares de Policía, dos civiles y un niño de un año y medio⁸⁶.

Las razones por las cuales miembros o facciones de las FARC-EP no desean acogerse al proceso de paz pueden variar, sin embargo encontramos que la subsistencia de actividades ilegales y la subestimación de estructuras que también hacen parte del grupo armado organizado (milicias o redes de apoyo al terrorismo) son factores preponderantes. En relación con la subsistencia de actividades ilegales como causa de posibles disidencias, el Observatorio de Paz y Conflicto indicó en informe del año 2014 que la pervivencia de actores armados ilegales y las redes de la ilegalidad son una de la principales amenazas al proceso de dejación de armas debido a la posibilidad de tránsitos de combatientes y de armas que pueda generarse, o a las acciones violentas contra sus integrantes⁸⁷.

85 *Ibidem*. Durante la jornada de votación del plebiscito para refrendar o rechazar los acuerdos entre Gobierno y FARC se registró un ataque a un puesto de votación en el Guaviare. El Ministerio de Defensa responsabilizó al Frente Primero de las FARC, que se declaró disidente al proceso de paz entre el Gobierno Nacional y las FARC. *El Espectador*, Confirman explosión de artefacto en puesto de votación en Guaviare, 2 de octubre de 2016. Disponible en [www.elespectador.com/noticias/paz/confirman-explosion-de-artefacto-puesto-de-votacion-gua-articulo-658111], consultado: octubre 5 de 2016.

86 *Ob. cit.*, 77.

87 *Ob. cit.*, 74, p. 13.

a. Subsistencia de actividades ilegales

De acuerdo con el informe de 2014 de la organización International Crisis Group existe un alto riesgo de creación de nuevos grupos armados organizados conformados por facciones disidentes o ex combatientes que se unan a grupos criminales debido a los profundos lazos de las FARC-EP con la economía ilegal⁸⁸, en especial en zonas como “la región del Bajo Cauca en Antioquia, la costa del Pacífico, partes del departamento de Meta, y la región del Bajo Putumayo”⁸⁹. Al respecto, se entiende que constituye un factor determinante para la disidencia y el rearme de miembros o facciones de las FARC-EP la subsistencia de actividades ilegales como el narcotráfico, la minería ilegal y el contrabando respecto de los cuales frentes, facciones o miembros del grupo armado buscarán la forma de apropiarse de esos negocios⁹⁰.

Por su parte, la Fundación Paz y Reconciliación advierte que además del Frente Primero, también existe riesgo de disidencia por parte de los frentes 16 y 57 debido a la existencia de economías ilegales⁹¹ que pueden continuar explotando. En relación con el Frente Primero, la mayor parte de sus in-

88 *El día después de mañana: las FARC y el fin del conflicto en Colombia*, Informe sobre América Latina n.º 53, 11 de diciembre de 2014, p. 4.

89 Ídem.

90 Al respecto el Observatorio de Paz y Conflicto señaló: “En este sentido, la pervivencia de actores armados ilegales y las redes de la ilegalidad son una de las principales amenazas al proceso de dejación de armas. Esto debido a la posibilidad de tránsitos de combatientes y de armas que pueda generarse, o a las acciones violentas contra sus integrantes, como ha ocurrido en experiencias anteriores. Los actores ilegales, en ocasiones, se agrupan alrededor de los dividendos de negocios ilícitos que incentivan su conformación y pervivencia. De allí, la pertinencia de cortar las rutas de comercio de drogas ilícitas, regular adecuadamente la minería y controlar el contrabando. Sobre los cultivos de uso ilícito, el Gobierno Nacional y las FARC lograron avanzar un acuerdo, al cual es necesario darle garantía para su implementación”. *Retos de la dejación de armas en el proceso de paz con las FARC*, Observatorio de Paz y Conflicto, 2015, p. 13.

91 Ob. cit., 77.

gresos proviene de la explotación ilegal de coltán y de oro⁹², la comercialización de pasta de coca y el cobro de extorsiones por gramaje de coca y de contrabando proveniente de Perú y Brasil⁹³. En lo que respecta al Frente 57 de las FARC-EP, éste deriva gran parte de sus ingresos del narcotráfico⁹⁴.

Debido a que el narcotráfico constituye una de las principales fuentes de financiación de los grupos armados organizados, la existencia de cultivos de coca en determinadas zonas del país permite la pervivencia de estos. Según el informe de 2016 de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, “los departamentos de Nariño, Putumayo y Norte de Santander concentran el 64% de los cultivos de coca detectados a corte 31 de diciembre de 2015”⁹⁵. De acuerdo con este informe, los mencionados departamentos constituyen el principal reto para enfrentar la producción de cocaína, esto debido que además de concentrar la mayoría de los cultivos de coca, “existen condiciones de vulnerabilidad muy fuertes que limitan las alternativas de intervención y facilitan el accionar de grupos armados al margen de la ley”⁹⁶.

Según el citado informe, el Departamento de Norte de Santander ocupa el tercer lugar en cuanto a afectación nacional. En dicho departamento, los municipios del Catatumbo son los más afectados por el delito de narcotráfico, debido a la subsistencia de cultivos de coca, su condición de frontera, la integración de toda la cadena de producción,

92 Ídem.

93 *El País*. Disidencia del Frente Primero de las FARC, ¿una amenaza real al proceso de paz?, julio 7 de 2016. Disponible en [www.elpais.com.co/elpais/colombia/proceso-paz/noticias/disidencia-frente-primero-farc-amenaza-real-proceso-paz], consultado: agosto 26 de 2016.

94 Cfr. *El Espectador*. El narcoinforme de las FARC, septiembre 23 de 2013. Disponible en [www.elespectador.com/noticias/judicial/el-narcoinforme-de-farc-articulo-448318], consultado: agosto 26 de 2016.

95 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. *Colombia, Monitoreo de territorios afectados por cultivos ilícitos 2015*, julio de 2016, p. 17.

96 Ídem.

transformación y tráfico en el mismo territorio y las condiciones de vulnerabilidad de las comunidades asentadas en el territorio, y la presencia de múltiples grupos armados ilegales⁹⁷. Entre los grupos armados organizados que tienen injerencia en la zona del Catatumbo se encuentran ‘Los Pelusos’, agrupación conformada por disidentes del EPL⁹⁸.

b. Subestimación de estructuras que integran a los grupos armados organizados

La organización International Crisis Group, en informe de 2014, alertó sobre el hecho de que las FARC-EP cuentan con estructuras que hasta el momento no han sido consideradas en las negociaciones, como lo son las milicias, lo cual se traduce en una posible no desmovilización. En relación con esta cuestión, la mencionada organización observó que durante el proceso de paz llevado a cabo con el EPL en 1991 no se tuvieron en cuenta a algunas de las milicias de este grupo armado, lo cual ocasionó que dichas milicias fueran reclutadas con posterioridad por bandas criminales y grupos armados organizados como las FARC-EP⁹⁹.

97 Id., p. 33.

98 El 15 de febrero de 1991 se desmovilizó el grupo armado organizado EPL. Véase *El Tiempo*. Los dos nuevos grupos criminales que son prioridad para la Fuerza Pública, 28 de marzo de 2016. Disponible en [www.eltiempo.com/politica/justicia/criminales-buscados-por-la-fuerza-publica/16547547], consultado: septiembre 29 de 2016.

99 Ob. cit., 74, p. 17. En opinión del Observatorio de Paz y Conflicto, el programa de desarme debe dirigirse también a las organizaciones de delincuencia común que operan en las zonas de influencia de las FARC pues no en pocas ocasiones estas han fungido como redes de apoyo de dicho grupo. Según el Observatorio, estos actores deben ser tenidos en cuenta en el proceso de paz pues además de ser “centrales en la violencia durante el posconflicto”, “aprovecharán el periodo inmediato al acuerdo final para fortalecerse”. *Retos de la dejación de armas en el proceso de paz con las FARC*, Observatorio de Paz y Conflicto, 2015, p. 14.

En el caso de las FARC-EP, se observa que el papel que han venido desempeñando las milicias y redes de apoyo dentro del grupo no es ínfimo. Entre las actividades que desempeñan dentro de la estructura de las FARC-EP, el Observatorio de Paz y Conflicto, en informe de febrero de 2015, destacó las siguientes: responsabilidades políticas con pobladores y comunidades, labores de colaboración, soporte logístico, información, almacenamiento de material de guerra e intendencia, infraestructura para descanso, atención de enfermos y heridos¹⁰⁰. Según informe de 2014 de la organización International Crisis Group, los milicianos y demás redes de apoyo, “además de proporcionar inteligencia, participan en pequeños asaltos, secuestros, y redes de extorsión. También tienen un papel fundamental en el mantenimiento del control social en barrios marginales”¹⁰¹. Asimismo destaca que “funcionarios colombianos estiman que por cada combatiente hay tres miembros de redes de apoyo”¹⁰².

En relación con las milicias, el Estatuto de las Milicias Bolivarianas proferido por las FARC-EP en el marco de la Octava Conferencia Nacional de Guerrilleros de 1989 establece que éstas son una organización militar, destinada a hacer presencia en todas las áreas de los frentes de las FARC-EP y donde éstos tengan influencia¹⁰³. Según el artículo 3.º del citado estatuto, las “Milicias Bolivarianas están bajo la dirección inmediata de los estados mayores de los frentes de las FARC-EP, del Estado Mayor Central, de los plenos del Estado Mayor y de las conferencias nacionales de las FARC-EP”¹⁰⁴.

100 Ob. cit., 74, p. 8.

101 Ob. cit., 74, p. 17.

102 Ídem.

103 Artículos 1 y 2, Estatuto de las Milicias Bolivarianas, Octava Conferencia Nacional de Guerrilleros, mayo de 1989. Disponible en [www.farc-ep.co/octava-conferencia/estatuto-de-las-milicias-bolivarianas.html], consultado: agosto 26 de 2016.

104 Ob. cit., 103. El artículo 4 del Estatuto de las Milicias Bolivarianas establece la estructura organizacional y de mando de ellas, que consiste en que las

De acuerdo con lo anterior, se infiere que las milicias hacen parte de la estructura organizacional de las FARC-EP.

En relación con la presencia de milicianos pertenecientes a los grupos guerrilleros, en informe del 31 de octubre de 2007^{105]} la Organización de los Estados Americanos indicó que estas estructuras ejercen una presencia fuerte en varias zonas del país, entre las que se mencionan: “el sur de Córdoba, límites de la región del Nudo de Paramillo y el Urabá antioqueño; específicamente en los corregimientos de Tierradentro y Juan José del municipio de Montelíbano, en el corregimiento El Guadual de Valencia y en el corregimiento de Saiza en Tierralta, la vía Dabeiba-Mutatá-Chigorodó, los municipios de Turbo y Apartadó, el Urabá choacoano, el municipio de Riosucio y la frontera con Panamá, en el oriente antioqueño, los municipios de San Carlos, San Luis, San Francisco, San Rafael, Cocorná, Granada, Sonsón, Argelia y Nariño”¹⁰⁶, entre otros.

El mencionado informe también establece que gran parte de los territorios en los que ejercían control los grupos paramilitares antes del proceso de desmovilización fue ocupada por la guerrilla mediante el fortalecimiento de las milicias¹⁰⁷.

milicias tienen como base grupos de cinco a diez milicianos con su primero y segundo al mando; cada diez milicianos constituyen una escuadra; tres escuadras forman un rombo de escuadras; cuatro escuadras forman un pelotón; cuatro pelotones forman una compañía; cuatro compañías forman un batallón; todos estos escalones con sus primeros y segundos al mando y sus comandos de dirección político-militar.

105 OEA/Ser.G CP/doc. 4249/07, Décimo Informe Trimestral de la Misión de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia (MAPP/OEA), octubre 31 de 2007, p. 5.

106 Ídem.

107 Ob. cit., 105, p. 17. En criterio de la ONG Internacional Crisis Group, el fortalecimiento de estos grupos dentro de la organización de las FARC se debe a que la presión militar en los últimos años se intensificó sobre los combatientes permitiendo así que los milicianos ganaran importancia en poblaciones más pequeñas ubicadas en las zonas afectadas por el conflicto. (*El día después de mañana: las FARC y el fin del conflicto en Colombia*, Informe sobre América Latina n.º 53, 11 de diciembre de 2014, p. 4.)

En este sentido, no resulta desacertado que dentro del Plan de Guerra ‘Espada de Honor’ de 2012, el Ministerio de Defensa Nacional hubiese incluido dentro de sus directrices, el dirigir los esfuerzos para combatir a las FARC-EP y el ELN “sólo contra los altos mandos de estas estructuras (frentes y columnas móviles)”¹⁰⁸, sino, también, “contra las milicias o redes de apoyo al terrorismo (RAT)”¹⁰⁹.

Por otra parte, refiriéndose a las redes de apoyo al terrorismo (RAT)¹¹⁰, el Ministerio de Defensa, mediante Directiva 35 del 23 de octubre del año 2012, determinó que estas estructuras constituyen una verdadera amenaza para la seguridad del país dado que soportan el accionar criminal de los grupos armados ilegales que ejercen actos de terrorismo como lo son las FARC-EP y el ELN¹¹¹. En este sentido, la Directiva 35 establece que tales amenazas serán combatidas mediante operaciones que realicen las Fuerzas Militares y la Policía Nacional conforme a las normas de derechos humanos y el DIH¹¹².

No obstante, si bien se estableció que las redes de apoyo al terrorismo constituyen una seria amenaza a la seguridad pública, no existe claridad en cuanto a la forma en que estas deben ser enfrentadas. Establecer que las Fuerzas Militares y la Policía Nacional deberán actuar conforme a las normas de derechos humanos y el DIH no es una regla clara sobre el uso de la fuerza¹¹³ frente a las actividades criminales realizadas

108 Ob. cit., 67, p. 14.

109 Ídem.

110 La Directiva 35 del 23 de octubre de 2012 del Ministerio de Defensa Nacional, asimila el concepto de milicia al de redes de apoyo al terrorismo (RAT).

111 República de Colombia, Ministerio de Defensa Nacional, Directiva Permanente n.º 35 del 23 de octubre de 2013, p. 3.

112 Ídem.

113 El *Manual de Derecho Operacional para las Fuerzas Militares* del año 2015 señala en relación con las reglas para el uso de la fuerza que “Existe la necesidad de contar con reglas claras sobre el uso de la fuerza, a través de las cuales, el mando militar emita órdenes concretas respecto al uso legítimo, gradual y proporcionado de la fuerza para el desarrollo de las operaciones militares”.

por las redes de apoyo. En este sentido, resulta imperativo definir cuál es el marco jurídico aplicable para el empleo de la fuerza en relación con las mencionadas estructuras. Esto sólo puede determinarse una vez se define si la participación de las redes de apoyo durante las hostilidades es directa o indirecta¹¹⁴.

Estas estructuras tienen, a su vez, la potencialidad de conformar nuevos grupos organizados o adherirse a los ya

República de Colombia, Comando General de las Fuerzas Militares. *Manual de Derecho Operacional para las Fuerzas Militares*, 2.ª ed., 2015, p. 59.

114 Se remite a la guía del Comité Internacional de la Cruz Roja sobre la noción de participación directa en las hostilidades. En términos de la Directiva 003 de 17 de diciembre de 2015 proferida por la Fiscalía General de la Nación “Por medio de la cual se establecen las pautas para la persecución penal de los crímenes de guerra en el territorio nacional”, y siguiendo los lineamientos de la guía del Comité Internacional de la Cruz Roja, la participación en las hostilidades puede ser directa o indirecta. En el primer caso, se considera que un civil participa directamente de las hostilidades, cuando concurren tres requisitos, a saber: (a) se cumple con el umbral del daño requerido (en este sentido, no se exige la materialización del daño, es suficiente la probabilidad objetiva de que dicho daño alcance el umbral); (b) exista un nexo causal (se espera que la acción desplegada causará el daño que alcanza el umbral exigido); y (c) exista un nexo beligerante (la acción que sobrepasa el umbral de daño requerido debe realizarse con el propósito de apoyar a una parte del conflicto con perjuicio de la otra). Durante el tiempo que dure la participación directa en las hostilidades (preparación, ejecución y repliegue del ataque), estos civiles pierden la protección que les otorga el DIH. Ahora bien, en los casos en que se demuestre que las Redes de Apoyo además de participar directamente de las hostilidades, cumplen con funciones permanentes al interior del grupo armado organizado, éstas serán reconocidas como miembros de dicho grupo y, por lo tanto, constituyen un objetivo militar legítimo en el tiempo que dure el conflicto armado interno. De otra parte, conforme a lo establecido en la Directiva 003 de la Fiscalía General de la Nación, se considera que la participación en las hostilidades es indirecta, cuando se apoya a una de las partes en conflicto sin efectuar ataques directos contra la otra parte. Estos individuos nunca pierden su estatus de persona civil y, por tanto, se encuentran protegidos por el DIH. En el caso en que las actividades que realizan en apoyo a una de las partes del conflicto armado constituya un delito, estos civiles están sujetos al derecho penal interno (véase Fiscalía General de la Nación, Directiva 003 de 17 de diciembre de 2015 “Por medio de la cual se establecen las pautas para la persecución penal de los crímenes de guerra en el territorio nacional”, pp. 5-8).

existentes con el fin de fortalecerlos y continuar de una manera u otra con la prolongación del conflicto. En consecuencia, de reunirse los presupuestos materiales de aplicación del DIH, el empleo de la fuerza por parte de las Fuerzas Militares contra estas amenazas se registrará por dicho cuerpo normativo.

CONCLUSIONES DE LA PRIMERA PARTE

Primera. La finalización del conflicto armado en Colombia no depende únicamente de la firma del Acuerdo Final entre el Gobierno Nacional y las FARC-EP¹¹⁵. De acuerdo con lo establecido por el Comité Internacional de la Cruz Roja en relación con la terminación de un conflicto armado no internacional, se establece que esta situación llega a su fin cuando, además de cesar la existencia de los elementos que la configuran, no existe un riesgo real de reanudación de hostilidades. En este sentido, si se determina la disminución de los niveles de violencia por debajo del umbral de “violencia armada prolongada”¹¹⁶ y la ausencia de grupos

115 Con base en los resultados del plebiscito el Acuerdo Final no podía ser implementado por el presidente de la República. Al respecto, la Corte Constitucional mediante la sentencia C-379 de 2016 estableció lo siguiente: “[...] la Corte advierte que los potenciales efectos aprobatorios del Acuerdo Final, solo tienen como objeto activar la implementación del mismo, así como darle legitimidad democrática y estabilidad temporal. En el caso contrario, esto es, la desaprobación del plebiscito especial, lo que se afecta es la implementación normativa del Acuerdo por parte del Presidente de la República, pero ello no significa que la decisión del Pueblo haya privado de contenido al derecho a la paz, pues esto no es lo que se somete a discusión, ni menos que afecte el ejercicio de acciones para la conservación del orden público, entre ellas la suscripción de acuerdos de paz con grupos armados al margen de la ley [...]” (Corte Constitucional, sentencia C-379 de 2016, MP: Luis Ernesto Vargas Silva, 18 de julio de 2016). Con posterioridad, el 24 de noviembre de 2016 el Gobierno Nacional y las FARC-EP firmaron el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera.

116 XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*, 28 de noviembre-1.º de diciembre de 2011, p. 12.

armados organizados, puede concluirse que el conflicto armado interno ha llegado a su fin.

Además, es necesario que las circunstancias fácticas demuestren la pervivencia de las condiciones mencionadas, de manera que pueda establecerse que no existe un riesgo real de reanudación de las hostilidades. Con la firma del Acuerdo Final entre el Gobierno Nacional y las FARC-EP¹¹⁷ puede esperarse la disminución del impacto de la violencia armada en algunas regiones del país, mas no la culminación del conflicto armado interno¹¹⁸. Si bien existe un cese de las

117 El Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera entre el Gobierno Nacional y las FARC-EP fue firmado el 24 de agosto de 2016 en La Habana, Cuba. El 2 de octubre de 2016 se convocó a plebiscito para referendar los acuerdos de paz con las FARC. La pregunta fue la siguiente: ¿Apoya el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera? El resultado de la votación fue el siguiente: El 'No' ganó con el 50,23 % de los votos (6.424.385 votos) contra el 49,76 % (6.363.989) (tomado de [www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/resultados-plebiscito-2016/16716558], consultado: octubre 31 de 2016). Con posterioridad, el 24 de noviembre de 2016 en Bogotá el Gobierno Nacional y las FARC-EP firmaron el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera.

118 Desde el 20 de julio del año 2015 el Gobierno Nacional y las FARC acordaron el cese el fuego bilateral lo cual, según reporte del 20 de enero del año 2016 del Centro de Recursos para el Análisis de Conflictos (CERAC), produjo una reducción del 97% en las acciones ofensivas de las FARC; de un 73% en combates entre guerrilla y las Fuerzas Armadas; de 92% en casos de civiles muertos producto de acciones militares; y del 79% en el número de combatientes muertos, en comparación con el semestre inmediatamente anterior (lapso comprendido entre el 19 de enero del año 2015 hasta el 19 de julio del mismo año). El CERAC también señaló que desde hace 51 años no se presentaba una reducción tan grande del conflicto armado. (*El Espectador*. "Hace 51 años no se presentaba una reducción tan grande del conflicto armado": CERAC, enero 20 de 2016, disponible en [www.elespectador.com/noticias/politica/hace-51-anos-no-se-presentaba-una-reduccion-tan-grande-articulo-611701], consultado: agosto 29 de 2016). Mediante Decreto n.º 1386 de 26 de agosto de 2016, se dispuso la aplicación del cese el fuego bilateral y definitivo dentro del marco del acuerdo final entre el Gobierno Nacional y las FARC, a partir del día 29 de agosto de 2016 a las 00:00 horas. En este sentido, se ordena la suspensión de operaciones militares y operativos policiales en contra de los miembros de las FARC que participen en el proceso de paz y se encuentren dentro de los procedimientos para la ejecución del cese el fuego bilateral y

hostilidades por parte de las FARC-EP y las Fuerzas Militares, para poder determinar la no aplicación del DIH también deberá constatarse con base en las circunstancias fácticas que no existe un riesgo real de reanudación de las hostilidades por parte del ELN y demás grupos armados organizados de conformidad con la Directiva Permanente 15 de 2016 del Ministerio de Defensa Nacional.

Asimismo existen dos escenarios que considerar como prolongación del conflicto armado en Colombia: el posible rearme de los miembros desmovilizados de las FARC-EP y disidencias por parte de integrantes o facciones del mismo grupo armado organizado (quienes decidan no acogerse al proceso de paz), como es el caso del Frente Primero. Ambas situaciones pueden generar el fortalecimiento de grupos armados organizados ya existentes como, por ejemplo, el ELN, el ‘Clan del Golfo’ (anteriormente, ‘Clan Úsuga’), ‘Los Puntilleros’ y ‘Los Pelusos’, o pueden devenir en la creación de un nuevo grupo armado organizado.

Finalmente, la presencia de grupos armados organizados como el ELN¹¹⁹, el ‘Clan del Golfo’ (antes, ‘Clan Úsuga’),

definitivo acordado en los protocolos pertinentes (art. 2). El Ministerio de Defensa Nacional profirió la Directiva Transitoria n.º 27 de 3 de octubre de 2016 mediante la cual emitió los lineamientos para la implementación y ejecución del Cese el Fuego y de Hostilidades Bilateral y Definitivo entre el Gobierno Nacional y las FARC desde la expedición de la mencionada Directiva hasta el 31 de octubre de 2016. Por otra parte, la Presidencia de la República profirió el Decreto n.º 1647 del 20 de octubre de 2016 por medio del cual se establecen los Puntos de Pre-agrupamiento Temporal (PPT) como Zonas de Ubicación Temporal de los miembros de las FARC que participen en el proceso de paz y se encuentren cumpliendo los procedimientos de ejecución acordados en los protocolos pertinentes del Cese el Fuego y de Hostilidades Bilateral y Definitivo (CFHBD) (art. 1.º). Mediante este Decreto también se ordena la suspensión de operaciones militares y operativos policiales en contra de los miembros de las FARC que se encuentren dentro de los PPT definidos en el artículo 1.º así como las rutas de desplazamiento hacia éstos, de conformidad con lo acordado en los protocolos pertinentes de CFHBD (art. 5).

119 “Además de las FARC, en el conflicto colombiano de más de medio siglo han participado otras guerrillas como el Ejército de Liberación Nacional (ELN),

‘Los Puntilleros’ y ‘Los Pelusos’, cuyos actos de violencia en distintas zonas del país (Norte de Santander, Catatumbo, Sucre, Atlántico, Córdoba, Quindío, Bolívar, Chocó, La Guajira, Magdalena, Nariño, Casanare, Antioquia, Cundinamarca, Cesar, Llanos Orientales, Meta, Guaviare y Vichada) alcanzan el umbral exigido por el DIH para determinar la existencia de un conflicto armado no internacional, constituye, por sí misma, razón suficiente para establecer la prolongación del conflicto armado interno.

Segunda. En caso de negar la prolongación del conflicto armado en Colombia y, por lo tanto, la aplicación del DIH, como ocurrió con la Directiva 14 de 2011 del Ministerio de Defensa Nacional, mediante la cual se establecía la lucha contra las bandas criminales conforme con las normas del derecho internacional de los derechos humanos, estas serían las consecuencias:

1. Las Fuerzas Militares no podrán hacer uso de la fuerza letal contra los grupos armados organizados, de acuerdo con las normas y los principios del DIH. En consecuencia, las Fuerzas Militares estarán limitadas al momento de enfrentar los ataques de los grupos armados organizados;
2. La fuerza letal que ejerzan las Fuerzas Militares contra los grupos armados organizados, conforme a las normas y principios del DIH (uso de la fuerza letal como primera opción) puede considerarse como exceso o uso indebido de la fuerza y no tardará en abrirse una investigación penal al respecto;

aún activo, paramilitares y agentes del Estado, con un saldo de 260.000 muertos, 45.000 desaparecidos y 6,9 millones de desplazados”. *La Información*. Colombia expectante ante inicio de cese el fuego definitivo con FARC, disponible en [http://noticias.lainformacion.com/disturbios-conflictos-y-guerra/guerrilla/Colombia-expectante-inicio-definitivo-FARC_0_948505196.html], consultado: 29 de agosto de 2016.

3. Según el artículo 217 de la Constitución Política, las Fuerzas Militares tienen la función de garantizar el orden constitucional, lo que en el contexto de un conflicto armado interno se traduce en el deber que tienen éstas de proteger a la población civil, personas civiles, personas puestas fuera de combate y bienes de carácter civil frente a la violencia ejercida por los grupos armados organizados¹²⁰. Sin embargo, cuando se contrarrestan las consecuencias de un conflicto armado interno a través de operaciones de mantenimiento del orden público se evita la aplicación del DIH¹²¹ y, como consecuencia de ello, se priva a las personas y bienes civiles de la protección debida; y
4. No se les reconocería el carácter de víctimas del conflicto armado interno a las personas afectadas por los ataques

120 La Constitución Política consagra en su artículo 217 la obligación que tienen las Fuerzas de garantizar el orden constitucional. Ello, implica la defensa de los derechos constitucionales de los asociados, lo que en el contexto de un conflicto armado interno, comporta el uso de la fuerza letal con el propósito de proteger a la población civil de los grupos armados organizados que amenazan con la violación de sus derechos. Cfr. Corte Constitucional, sentencia SU-1184/01, MP: Eduardo Montealegre Lynett, 13 de noviembre de 2001.

121 Ob. cit., 74, p. 8. Esto tiene serias y graves implicaciones, puesto que la población civil, las personas civiles, las personas puestas fuera de combate y los bienes de carácter civil afectados por los actos violentos de los grupos armados organizados no van a obtener la protección necesaria y efectiva por parte de las Fuerzas Militares. Estas, al no estar autorizadas para actuar conforme al DIH no podrán conjurar los ataques de las nuevas amenazas como lo demanda el contexto en el que ocurren. Negarse a reconocer una situación de conflicto armado interno y otorgarle un nombre distinto, no hace que la situación y las consecuencias que ésta acarrea desaparezcan. Tal como lo señala Clapham, el que un gobierno no esté dispuesto a reconocer una situación como conflicto armado, y en cambio preferir calificarla como una lucha contra criminales y terroristas, no significa que no haya lugar a la aplicación de las obligaciones que dimanen del derecho internacional humanitario pues, esto no depende de la aceptación, por el Gobierno, de que se ha alcanzado el umbral para la aplicabilidad del derecho humanitario (véase PINTA SIERRA, PATRICIA. *El cese de la lucha armada. Un estudio sobre la supervivencia y desactivación de las organizaciones insurgentes en América Latina [1970-2000]*. Universidad Complutense de Madrid, 2015, p. 27).

de los grupos armados organizados¹²². En consecuencia, este grupo de personas no podría acceder a los beneficios de atención, asistencia y reparación integral que se reconocen en la Ley 1448 de 2011 para las víctimas del conflicto armado interno. Al respecto, el Comité Internacional de la Cruz Roja señala que, en relación con las garantías de protección que establece el DIH, cuando un Estado niega la aplicabilidad del DIH¹²³ a pesar de existir un conflicto armado no internacional, priva a “las personas civiles y al propio personal que pueda estar detenido por una parte no estatal de la protección de la única rama del derecho internacional que inequívocamente impone obligaciones a los grupos armados no estatales y cuya violación puede ser sancionada en el plano internacional”¹²⁴.

II. APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO DURANTE LAS ETAPAS DE INVESTIGACIÓN Y JUZGAMIENTO DE LAS CONDUCTAS PUNIBLES PERPETRADAS POR LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS MILITARES

En esta segunda parte se abordará la aplicación del DIH durante las etapas de investigación y juzgamiento de las

122 Véase el artículo 3 de la Ley 1448 de 2011, “Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones”.

123 Los Estados tienden a ser reticentes cuando se trata de reconocer la existencia de un conflicto armado interno pues a su entender ello implicaría reconocer estatus de beligerancia al grupo organizado alzado en armas, no obstante consignar expresamente el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, en su último párrafo, que la aplicación de las disposiciones del DIH no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto. (En palabras de Torres Vásquez la beligerancia es “una categoría del derecho internacional público que se usa para legitimar la acción de una fuerza armada que se enfrenta a un Estado ilegítimo, y percibido como tal por la comunidad internacional”. TORRES VÁSQUEZ, HENRY. Derecho internacional humanitario y estatus de beligerancia. *Revista Republicana*, n.º 12, 2012, p. 272).

124 Ob. cit., 119, p. 15.

conductas punibles perpetradas por los miembros de las Fuerzas Militares, en relación con un conflicto armado interno o un enfrentamiento que reúna las condiciones objetivas del DIH. Sea la jurisdicción ordinaria o la penal militar la competente para conocer de dichos casos, ambas jurisdicciones deberán efectuar la correspondiente investigación y juzgamiento a la luz del DIH como marco jurídico aplicable¹²⁵.

Con la prolongación de la situación de conflicto armado interno en Colombia, en razón de la subsistencia de grupos armados organizados que ejercen actos de violencia cuya intensidad alcance el umbral mínimo exigido por el DIH, las Fuerzas Militares estarán autorizadas para combatir tales amenazas haciendo uso de la fuerza con base en el DIH. Al ser éste el cuerpo normativo por el cual las Fuerzas Militares deben regirse, lo lógico es que su actuar sea analizado a la luz de él.

Para efectos de establecer las razones por las cuales las jurisdicciones ordinaria y penal militar deberán aplicar únicamente el DIH al momento de investigar y juzgar los delitos e infracciones relacionados con el conflicto armado interno o un enfrentamiento que reúna las condiciones objetivas del DIH cometidas por miembros activos de las Fuerzas Militares, se analizarán: (A) los principios establecidos por el DIH en relación con el uso de la fuerza letal; (B) decisiones de la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos;

125 Frente a la cuestión de si se mantiene o no la existencia de la jurisdicción militar con posterioridad a la culminación del *Acuerdo General para la terminación del conflicto y la construcción de la paz estable y duradera* entre el Gobierno Nacional y las FARC-EP, como en el caso de Portugal, país que optó por suprimir la existencia de tribunales militares en tiempos de paz, pero que los mantuvo para tiempos de guerra o de países como Alemania, Austria, Dinamarca, Eslovenia, Estonia, Francia, Japón, Noruega, Países Bajos, Portugal, República Checa, Senegal y Suecia, en donde una vez finalizado el conflicto armado operaron por reprimir los ilícitos a través de jurisdicciones disciplinarias militares o administrativas y, simultáneamente, con la acción de los tribunales penales ordinarios. Cfr. *Tribunales militares y graves violaciones de derechos humanos*, Comisión Colombiana de Juristas, 2011, pp. 57-59.

(C) la sentencia de la Corte Constitucional C-084 de 2016, la cual declaró la exequibilidad del inciso segundo del artículo 1.º del Acto Legislativo 1 de 2015, “por el cual se reforma el artículo 221 de la Constitución Política de Colombia”; y (D) la Directiva 003 del 17 de diciembre de 2015 de la Fiscalía General de la Nación, “por medio de la cual se establecen las pautas para la persecución penal de los crímenes de guerra en el territorio nacional”. Veamos.

A. Principios establecidos por el DIH en relación con el uso de la fuerza letal

El DIH reconoce que el uso de la fuerza letal es inherente a todo conflicto armado ya sea éste de carácter internacional, interno o internacionalizado, pues en cada uno de ellos se persigue debilitar la capacidad militar de la parte adversa. En este sentido, el conjunto de normas y principios que integran este cuerpo normativo limita mas no prohíbe el uso de la fuerza letal contra objetivos militares legítimos.

Dentro del marco del DIH existen principios que establecen cómo debe emplearse la fuerza letal en el contexto de un conflicto armado y, así, determinar si su uso fue o no legítimo. Estos principios son: distinción, precaución, proporcionalidad, limitación, humanidad y necesidad militar.

Como piedra angular del DIH se presenta el principio de distinción, el cual establece que en todo momento las partes en conflicto deberán distinguir entre quienes participan directamente de las hostilidades de aquellos que no lo hacen, dado que sólo podrán ejercer la fuerza letal frente a los primeros. Asimismo, según el principio de distinción, las partes deberán distinguir entre bienes civiles y objetivos militares pues sólo podrán dirigir sus ataques contra estos últimos¹²⁶.

126 Ob. cit., 14, p. 70. La Norma 8 de derecho internacional humanitario consuetudinario establece que los objetivos militares “se limitan a aquellos bienes que

Conforme al principio de precaución, se exige a las partes en conflicto que, de acuerdo con la información a su alcance, tomen las medidas necesarias para evitar que la población y bienes civiles puedan verse gravemente afectados por la ejecución de una operación militar. En este sentido, la parte que vaya a ejecutar determinada operación militar deberá verificar que, en efecto, el ataque se dirija contra un objetivo militar legítimo y que los medios y métodos de combate permitan evitar o reducir el número de heridos o muertos así como daños a bienes civiles¹²⁷. En relación con este principio, las partes en conflicto también tienen la obligación de evaluar si la ocurrencia de muertes, lesiones y daños incidentales entre la población y bienes civiles resulta excesiva frente a la ventaja militar concreta y directa prevista¹²⁸.

Según el principio de proporcionalidad, las partes en conflicto tienen la obligación de evaluar si el ataque dirigido a la parte adversa y los daños incidentales que se deriven de él entre la población y bienes civiles resultan excesivos frente a la ventaja militar concreta y directa que se persigue. Por su parte, el principio de limitación prohíbe a las partes en conflicto causar sufrimientos innecesarios así como el empleo de ciertos medios y métodos de combate¹²⁹.

por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar y cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca, en las circunstancias del caso, una ventaja militar definida". *Revista Internacional de la Cruz Roja*. Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario. Anexo. Lista de las normas consuetudinarias del derecho internacional humanitario. El Manual de Derecho Operacional de 2015 para las Fuerzas Militares de Colombia establece que conforme al principio de distinción constituyen un objetivo militar legítimo los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley (GAOML) y los civiles que toman parte directa de las hostilidades mientras dura su participación. República de Colombia, Comando General de las Fuerzas Militares. *Manual de Derecho Operacional para las Fuerzas Militares*, 2.^a ed., 2015, p. 34.

127 Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, Norma 17.

128 *Id.*, Norma 18.

129 Al respecto, la Convención de Ottawa de 1997 resulta un excelente ejemplo

De acuerdo con el principio de humanidad, las partes enfrentadas tienen el deber de tratar con total respeto de su dignidad humana tanto a quienes participan directamente de las hostilidades como a las personas fuera de combate por cualquier causa. Al respecto, Salmón señala que el principio de humanidad consiste en “respetar y tratar a todas las personas con humanidad, tanto a los combatientes, a quienes no se les hará padecer sufrimientos innecesarios, como a los no combatientes, quienes en todo momento deberán ser tratados con humanidad”¹³⁰.

En lo que respecta al principio de necesidad militar, Nils Melzer indica que en virtud de este principio se permite a las partes emplear “únicamente el grado y clase de fuerza, no prohibida por el DIH, que es requerida para alcanzar el objetivo legítimo del conflicto a saber, la completa o parcial rendición del enemigo, lo más temprano posible con el mínimo de pérdidas en vidas y recursos”¹³¹. De conformidad con el señalado principio, las partes en conflicto deberán buscar mediante la ejecución de operaciones la consecución de objetivos netamente militares, para lo cual, deberán adecuar su conducta conforme a los demás principios humanitarios.

En relación con los mencionados principios del DIH, el *Manual de Derecho Operacional para las Fuerzas Militares de*

pues por medio de esta convención se prohíbe el empleo de minas antipersonal, armas que causan sufrimientos innecesarios y no están diseñadas para distinguir a la víctima del ataque.

130 SALMÓN, ELIZABETH. *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2004, p. 54.

131 MELZER, NILS. *Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*, Geneva, ICRC, 2009, p. 79. Citado por HEYCK PUYANA, ANA CATERINA. *Derecho internacional, acuerdo humanitario y resolución pacífica del secuestro*, Universidad de Granada, Instituto de la Paz y los Conflictos, 2010, p. 293, citado por PAZ GLEN, MICHELLE. *Obligaciones del Estado al momento de conjurar una situación de toma de rehenes en el marco de un conflicto armado no internacional, de acuerdo con el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, tesis de grado, Universidad Externado de Colombia (sin publicar), p. 90.

Colombia (2.^a ed., 2015) dispone que durante la conducción de hostilidades las Fuerzas Militares deberán tener en cuenta “los criterios que determinan la prohibición de ataques indiscriminados y los sujetos de protección; las precauciones en el ataque y contra sus efectos; la restricción en los medios y métodos; y la evaluación de la contribución efectiva del objetivo a la acción militar”¹³².

Por otra parte, dentro de las reglas para el uso legítimo de la fuerza el *Manual de Derecho Operacional* hace hincapié en que los ataques únicamente podrán dirigirse contra objetivos militares legítimos. La categoría de objetivo militar legítimo está conformada por: (a) bienes que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar y cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida¹³³; (b) miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley (GAOML); y (c) civiles que participan directamente en las hostilidades y mientras dure su participación¹³⁴.

De igual forma, el *Manual de Derecho Operacional Terrestre* (1.^a ed., 2016) establece que una vez se constata la existen-

132 República de Colombia, Comando General de las Fuerzas Militares. *Manual de Derecho Operacional para las Fuerzas Militares*, 2.^a ed., 2015.

133 El Comité Internacional de la Cruz Roja señala respecto del término “ventaja militar definida” lo siguiente: “La ‘ventaja militar definida’ requerida por la definición debe estar presente ‘en las circunstancias del caso’. Este elemento en la definición efectivamente impide a los comandantes militares basarse exclusivamente en categorizaciones abstractas al determinar si objetos específicos constituyen objetivos militares (‘un puente es un objetivo militar; un bien localizado en la zona de combate es un objetivo militar’, etc.). En su lugar, ellos tendrán que determinar si, por ejemplo, la destrucción de un determinado puente, que habría sido militarmente relevante ayer, todavía ofrece, en las circunstancias de hoy, una ‘ventaja militar definida’: si no es así, el puente deja de ser un objetivo militar, y, en consecuencia, no puede ser destruido”. Comentario del CICR, p. 636. Citado por Organización de los Estados Americanos. *Violencia y la violación del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario*, capítulo IV, párr. 73.

134 Ob. cit., 135, p. 59.

cia de los elementos objetivos para la aplicación del DIH, el comandante militar deberá aplicar sus principios: (i) necesidad militar¹³⁵; (ii) distinción¹³⁶; (iii) proporcionalidad¹³⁷;

-
- 135 [2-13] Es el empleo de todos los medios disponibles con el propósito de obtener el cumplimiento de la misión, buscando el menor costo en hombres, bienes y recursos propios. Es la búsqueda del debilitamiento del adversario, dejando fuera de combate el mayor número posible de hombres. Fuerzas Militares de Colombia, Ejército Nacional, *MFE 6-27 Derecho Operacional Terrestre*, 1.^a ed., 7 de agosto de 2016, p. 5.
- 136 [2-14] En la conducción de las hostilidades se diferenciará en todo momento entre población civil, participantes en las hostilidades, participantes con función continua de combate y combatientes, al igual que entre bienes civiles y objetivos militares. Se entiende por “combatiente” quien pertenece a las fuerzas regulares de los Estados; esto en los conflictos armados de carácter internacional. [2-15] En los conflictos armados de carácter no internacional, quien participa directamente en las hostilidades es aquella persona que ejecuta actos hostiles, con los que busca afectar las operaciones o la capacidad militar de una de las partes en conflicto o que, de manera alternativa, causa muerte, lesiones, destrucción a personal u objetos protegidos de ataques directos. [2-16] El daño que genere ese individuo debe tener un nexo causal con la conducta y el acto tiene que estar planeado específicamente para generar daño al adversario. Estos individuos solo serán blanco lícito mientras dure la participación en las hostilidades, lo que les hace perder el estatus de persona protegida. Una vez termine el acto hostil, recupera su estatus de protección. [2-17] Aquellos miembros de los GAO que tienen una permanencia constante en el grupo y hacen parte de la jerarquía de la estructura tienen función continua de combate, esto los hace susceptibles de ataques militares en cualquier momento. No se requiere la actividad hostil para ser atacado, toda vez que su posición dentro de la estructura genera que su neutralización represente una ventaja militar concreta en las operaciones militares. [2-18] En cuanto a la distinción entre bienes civiles y objetivos militares, debe tenerse claro que se entiende por “objetivo militar” aquel bien o bienes que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyen eficazmente a la acción militar y cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrecen, en las circunstancias del caso, una ventaja militar definida. Los bienes civiles que sean utilizados por el adversario, con el fin de obtener una ventaja militar pierden su estatus de protección y se convierten en objetivos militares. [2-19] La aplicación y análisis de este principio se deben hacer desde la perspectiva de las variables de la misión. Fuerzas Militares de Colombia, Ejército Nacional, *MFE 6-27 Derecho Operacional Terrestre*, 1.^a ed., 7 de agosto de 2016, pp. 5-6.
- 137 [2-20] En el marco del DIH, cuando se habla de proporcionalidad no se refiere a igualdad de armas, número de hombres (entendido como unidad militar o capacidad militar que se tenga), sino que se establece una relación razonable

(iv) humanidad¹³⁸; (v) precaución en el ataque¹³⁹; (vi) no reciprocidad¹⁴⁰; y (vii) limitación¹⁴¹. A diferencia del Manual de Derecho Operacional, el Manual de Derecho Operacional

-
- entre la ventaja militar obtenida en la operación militar y los daños que se llegasen a generar. [2-21] Los comandantes militares se abstendrán de realizar ataques militares cuando se considere que causarán daños incidentales, muertos o heridos en la población civil, daños excesivos a bienes civiles, frente a la ventaja militar concreta y directa prevista. Fuerzas Militares de Colombia, Ejército Nacional, *MFE 6-27 Derecho Operacional Terrestre*, 1.ª ed., 7 de agosto de 2016, pp. 6 y 8.
- 138 [2-22] Debe tratarse al adversario con humanidad, brindar asistencia al herido y no discriminar por motivos de raza, sexo, religión o políticos. Fuerzas Militares de Colombia, Ejército Nacional, *MFE 6-27 Derecho Operacional Terrestre*, 1.ª ed., 7 de agosto de 2016, p. 8.
- 139 [2-23] La población civil y sus bienes deben estar fuera de los peligros que generan los ataques, para lo cual deben tenerse en cuenta en el planeamiento y la ejecución de las operaciones militares, las precauciones para no generar afectación a personal y bienes civiles, en la medida en que las posibilidades lo permitan. Este principio debe analizarse también desde la perspectiva de la ubicación de las unidades militares, con el fin de no posicionarse en sitios densamente poblados o cerca de bienes protegidos, para que no sean afectados en un ataque. Esta obligación no excusa al adversario del cuidado que debe tener en el ataque. Fuerzas Militares de Colombia, Ejército Nacional, *MFE 6-27 Derecho Operacional Terrestre*, 1.ª ed., 7 de agosto de 2016, p. 8.
- 140 [2-24] El DIH es de obligatorio cumplimiento para las partes en conflicto; la infracción a sus disposiciones, por alguna de las partes, no faculta para que el adversario lo transgreda de igual forma. Fuerzas Militares de Colombia, Ejército Nacional, *MFE 6-27 Derecho Operacional Terrestre*, 1.ª ed., 7 de agosto de 2016, p. 8.
- 141 [2-25] En los conflictos armados de carácter internacional y no internacional, los métodos y medios utilizados en las hostilidades están limitados, prohibiéndose en todo momento los que causen heridas o sufrimientos innecesarios. [2-26] Los comandantes militares, en todos los niveles del mando, definirán las reglas para el uso de la fuerza aplicables a cada operación militar, una vez se determine el marco jurídico aplicable. Para este efecto, se estudiarán las variables de la misión (METT-TC), el contexto en que se desarrolla la operación y la Inteligencia Militar disponible para que las reglas se ajusten a estas condiciones. Se establecen como reglas mínimas para el uso de la fuerza, en el marco del DIH: (1) Distinguir los objetivos militares de personas y bienes civiles. (2) La iniciativa del uso letal de la fuerza está permitida únicamente contra objetivos militares. (3) Siempre se podrá hacer uso de la fuerza, incluso hasta la letal en legítima defensa, para repeler una agresión actual o inminente en contra de su vida, la de su unidad o la de un tercero. (4) Las demás que considere pertinentes el comandante militar en

Terrestre incluye el principio de no reciprocidad como parte de los principios que deben ser considerados en el proceso militar para la toma de decisiones (PMTD)¹⁴². De acuerdo con el señalado principio, las partes en conflicto tienen la obligación de dar cumplimiento a las normas y principios del DIH independiente de las infracciones en que incurra la parte adversaria respecto de dichas disposiciones¹⁴³.

Al reconocerse en los manuales de Derecho Operacional y Derecho Operacional Terrestre la importancia de contar con reglas claras sobre el uso legítimo de la fuerza¹⁴⁴, se deduce que en el contexto de un conflicto armado no internacional las Fuerzas Militares están autorizadas a hacer uso de la fuerza letal siempre y cuando sea conforme a los principios del DIH.

todos los niveles del mando de acuerdo con el análisis del contexto y factores en que se desarrolle la operación militar. Fuerzas Militares de Colombia, Ejército Nacional, *MFE 6-27 Derecho Operacional Terrestre*, 1.ª ed., 7 de agosto de 2016, p. 8.

- 142 El Manual de Derecho Operacional Terrestre hace parte de la Doctrina Damasco, la cual tiene como finalidad unir los principios fundamentales de las Fuerzas Militares que guiarán sus acciones en apoyo de los objetivos nacionales (véase [www.esmic.edu.co/esmic/index.php/medios/actualidad/926-bienvenidos-al-mundo-damasco-bienvenidos-a-la-doctrina-del-ejercito-del-futuro-general-alberto-jose-mejia-ferrero.html?highlight=WyJub3RpY2lhcjJd], consultado: octubre 31 de 2016).
- 143 Cfr. Fuerzas Militares de Colombia, Ejército Nacional, *MFE 6-27 Derecho Operacional Terrestre*, 1.ª ed., 7 de agosto de 2016, p. 8.
- 144 Cfr. República de Colombia, Comando General de las Fuerzas Militares. *Manual de Derecho Operacional para las Fuerzas Militares*, 2.ª ed., 2015, p. 59. Actualmente, el Ministerio de Defensa Nacional está trabajando en la estructuración de un proyecto de ley para la armonización del DIH y el derecho penal interno “con el fin de elevar a rango legal los principios aplicables para el uso de la fuerza y su armonización con los principios de investigación y juzgamiento de los miembros de la Fuerza Pública que se vean implicados en procesos judiciales como consecuencia de sus funciones. Dicha iniciativa de ley será presentada por el Ministerio de Defensa Nacional en la Legislatura 2016-2017”. Tomado de Ministerio de Defensa Nacional. *Memorias al Congreso 2015, Transformación y Modernización del Sector Defensa y Seguridad*, 2016, p. 43.

B. Decisiones del sistema interamericano de derechos humanos

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como órgano encargado de la promoción y protección de los derechos humanos en el continente americano¹⁴⁵, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como institución judicial que tiene por objeto la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁴⁶, han establecido en sus informes y sentencias, respectivamente, que en los casos sometidos a su consideración cuyo contexto es el de un conflicto armado interno las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos no permiten esclarecer en el caso concreto si hubo o no extralimitación en el uso de la fuerza por parte de un agente estatal.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Informe n.º 26/97, caso 11.142 Arturo Ribón Ávila vs. Colombia del 30 de septiembre de 1997, debía determinar si la muerte del señor Ribón Ávila y otras diez personas fue consecuencia de un enfrentamiento armado entre miembros del Ejército, del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), la Policía y la inteligencia de la Policía (F-2) y miembros del grupo armado organizado M-19, o si se trató de ejecuciones extrajudiciales.

Para efectos de esclarecer la referida situación, la Comisión concluyó que en las situaciones de conflicto armado interno el DIH es el marco jurídico aplicable al momento de establecer si el uso de la fuerza por parte de un miembro

145 Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ¿Qué es la CIDH? Disponible en [www.oas.org/es/cidh/mandato/que.asp], consultado: septiembre 19 de 2016.

146 Artículo 1, Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, disponible en [www.corteidh.or.cr/index.php/acerca-de/estatuto], consultado: septiembre 19 de 2016.

de la Fuerza Pública sobrepasó o no los límites de una acción legítima¹⁴⁷. En este sentido, la Comisión señaló que tratándose de un conflicto armado no internacional “la Convención Americana no contiene disposiciones que especifiquen, por ejemplo, cuándo las bajas son una consecuencia legítima de operaciones militares. Por consiguiente, la Comisión debe necesariamente referirse y aplicar normas de definición y reglas pertinentes del derecho humanitario, como fuentes de orientación autorizadas al resolver estos casos”¹⁴⁸.

Lo anterior es reiterado nuevamente por la Comisión en el Informe n.º 55/97, caso 11.137 Juan Carlos Abella vs. Argentina del 18 de noviembre de 1997. En este caso la Comisión indicó que no obstante compartir la Convención Americana y los Convenios de Ginebra de 1949 un núcleo común de derechos no suspendibles, así como el objetivo común de proteger la integridad física y la dignidad del ser humano, es evidente que los instrumentos de derechos humanos no incluyen normas para regular los medios y métodos de combate¹⁴⁹. Así mismo, los instrumentos internacionales de derechos humanos no especifican cuándo un civil puede ser considerado legítimamente un objetivo militar o cuándo las bajas de civiles son una consecuencia legítima de operaciones militares¹⁵⁰. Por esta razón, la Comisión concluyó que en relación con las denuncias sobre presuntas violaciones a la Convención Americana en situaciones de conflicto armado necesariamente deberán considerarse los principios y normas del DIH¹⁵¹.

147 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe n.º 55/97, Caso 11.142 - Arturo Ribón Ávila vs. Colombia, septiembre 30 de 1997, párr. 168.

148 Id., párr. 173.

149 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso “La Tablada” - Informe n.º 55/97, Caso n.º 11.137 - Juan Carlos Abella vs. Argentina, 18 de noviembre de 1997, párr. 158.

150 Id., párr. 161.

151 Ídem.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, sentencia del 30 de noviembre de 2012, refiriéndose a las relaciones entre el DIH y el DIDH, señaló que no existe duda en relación con la aplicabilidad del DIH en situaciones de conflicto armado interno, razón por la cual la Corte “puede observar las regulaciones del DIH, en tanto normativa concreta en la materia, para dar aplicación más específica a la normativa convencional en la definición de los alcances de las obligaciones estatales”¹⁵².

En el caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (*Operación Génesis*) vs. Colombia, sentencia del 20 de noviembre de 2013, la Corte Interamericana debía establecer si el Estado violó los derechos a la vida y a la integridad personal del señor Marino López Mena y los derechos a la integridad personal y a no ser desplazados forzadamente en perjuicio de los miembros de las comunidades afrodescendientes ubicadas en la cuenca del río Cacarica, Departamento del Chocó¹⁵³, debido a la ejecución de la “Operación Génesis”¹⁵⁴.

Debido a la especificidad del DIH en materia del empleo de la fuerza durante la ejecución de operaciones militares,

152 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, sentencia de 30 de noviembre de 2012, párr. 24.

153 Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia*, sentencia de 20 de noviembre de 2013, párrs. 1 y 486.

154 “La Operación Génesis fue ejecutada por los batallones Fuerzas Especiales 1 y Contraguerrillas 33, adscritos a la Brigada 17 del Ejército, con sede en Carepa, Urabá antioqueño, guarnición que estaba bajo el mando del entonces general Rito Alejo del Río Rojas. El objetivo de esa acción militar, que empezó el 24 de febrero de 1997 y concluyó cuatro días después, fue atacar posiciones del Frente 57 de las FARC en los caños Salaquí, Cacarica, Truandó y Perancho” (*Estado no protegió a comunidades durante Operación Génesis*, disponible en [www.verdadabierta.com/politica-ilegal/el-estado-y-los-paras/5078-estado-no-protegio-a-comunidades-durante-operacion-genesis], consultado: agosto 18 de 2016).

la Corte advirtió sobre la necesidad de orientar el análisis de casos cuyo contexto es el de un conflicto armado interno conforme a los principios y reglas de este cuerpo normativo¹⁵⁵.

Después, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Nicolás Cruz Sánchez vs. Perú*, sentencia del 17 de abril de 2015, analizó si la muerte de dos de los catorce miembros del Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA), que incursionaron en la Embajada del Japón en Perú y tomaron como rehenes a más de 600 personas, fue producto del enfrentamiento con miembros de las Fuerzas Especiales del Perú o si se trató en realidad de ejecuciones extrajudiciales. En este caso, la Corte señaló que en los asuntos en donde se evalúe el uso de la fuerza deberán tenerse en cuenta las circunstancias y el contexto en que ocurrieron los hechos¹⁵⁶. Al observar la Corte que el uso de la fuerza contra los miembros del MRTA se dio en el contexto de un conflicto armado no internacional (una operación de rescate de rehenes)¹⁵⁷, determinó que el análisis de los hechos que rodearon la muerte de los dos emerretistas debía realizarse a la luz de los principios y normas del DIH.

Según lo establecido en los informes de la Comisión Interamericana y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, se puede concluir lo siguiente: (i) el uso de la fuerza es inherente a los conflictos armados internos; (ii) la interpretación de las normas que conforman la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la luz de los principios y normas del DIH permite determinar el contenido y alcance de estos cuando el contexto es el de un conflicto armado no internacional; y (iii) el análisis sobre la legitimidad en el

155 Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia, sentencia del 20 de noviembre de 2013, párr. 221.

156 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Eduardo Nicolás Cruz Sánchez vs. Perú, sentencia de 17 de abril de 2015, párr. 266.

157 Ídem.

empleo de la fuerza letal por parte de un agente estatal en el contexto de un conflicto armado no internacional deberá realizarse a la luz de los principios y normas del DIH.

Así las cosas, en el contexto de un conflicto armado interno son las disposiciones del DIH las que permiten establecer si, por ejemplo, la privación de una vida constituyó o no un acto de arbitrariedad, debido a que es en ese cuerpo normativo donde están contenidas las disposiciones que regulan los medios y métodos de combate, así como los principios que orientan la planeación y ejecución de las operaciones militares. De acuerdo con el DIH, para que una operación militar se repute legítima, las Fuerzas Militares deberán analizar y considerar toda la información que tengan a su alcance con el objeto de verificar que los ataques a ejecutar sean proporcionales a la ventaja militar que se desea obtener no causen sufrimientos innecesarios y se hayan tomado todas las precauciones factibles e indispensables de protección para la población civil, las personas civiles y los bienes de carácter civil¹⁵⁸.

C. Sentencia C-084 de 2016

La Corte Constitucional mediante la sentencia C-084 de 2016 declaró la exequibilidad del inciso segundo del artículo 1.º del Acto Legislativo 1 de 2015, por el cual se reformó el artículo 221 de la Constitución Política (fuero penal militar). En el citado inciso se impone a los jueces y fiscales de la justicia ordinaria y de la justicia penal militar o policial la obligación de aplicar los principios y normas del DIH en la investigación y el juzgamiento de las conductas punibles

158 Cfr. PAZ GLEN, MICHELLE. *Obligaciones del Estado al momento de conjurar una situación de toma de rehenes en el marco de un conflicto armado no internacional, de acuerdo con el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, tesis de grado, Facultad de Derecho, Universidad Externado de Colombia [sin publicar], p. 108.

perpetradas por los miembros de la Fuerza Pública, en relación con un conflicto armado interno o un enfrentamiento que reúna las condiciones objetivas del DIH.

En palabras de la Corte Constitucional, el enunciado normativo demandado constituye, en realidad “una reafirmación de los imperativos que se derivan de los artículos 214.2 y 93 de la Constitución”, razón por la cual “las normas y principios [*sic*] del DIH son fuente de derecho para los jueces y otros operadores judiciales, e irradian la aplicación e interpretación de las normas legales, dada su integración al bloque de constitucionalidad”¹⁵⁹.

La Corte Constitucional señaló que no obstante la obligación que tienen los jueces y fiscales de orientar a la luz de las directrices del DIH la investigación y el juzgamiento de los miembros de la Fuerza Pública, en razón de alegadas extralimitaciones en el uso de la fuerza letal con ocasión y en desarrollo de un conflicto armado interno, ello no es óbice para que tales funcionarios excluyan del marco normativo aplicable las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos¹⁶⁰.

De acuerdo con lo anterior, el cumplimiento de la mencionada obligación supone que los jueces y fiscales verifiquen que, en efecto, se presentan las condiciones objetivas para la existencia de un conflicto armado interno, escenario en el cual las disposiciones del DIH encuentran su razón de ser.

159 Corte Constitucional, sentencia C-084/16, MP: Luis Ernesto Vargas Silva, 24 de febrero de 2016, párr. 98.

160 *Id.*, párr. 108. En este sentido la Corte Constitucional señaló: “La referencia explícita al derecho internacional humanitario como marco jurídico aplicable en las investigaciones y juzgamientos de las conductas punibles de los miembros de la fuerza pública relacionadas con el conflicto armado, no excluye la eventual aplicación de otras fuentes del derecho como las normas y principios del derecho internacional de los derechos humanos, o el mismo derecho penal, en tanto la autoridad judicial, en ejercicio de su autonomía y atendidas las circunstancias particulares del caso, considere que deben regir su resolución”.

Las condiciones objetivas que deberán verificarse son: (i) la existencia de agrupaciones con un grado de organización tal, que les permita realizar operaciones militares bajo la dirección de un mando responsable; y (ii) la violencia de los enfrentamientos alcance el umbral de intensidad establecido por el DIH para determinar la existencia de un conflicto armado de carácter no internacional¹⁶¹.

En lo concerniente a la competencia de la jurisdicción penal militar o policial para investigar, juzgar y sancionar la comisión de conductas punibles por parte de los miembros de la Fuerza Pública, la Corte Constitucional aclaró que el Acto Legislativo 1 de 2015 no modificó el inciso primero del artículo 221 de la Constitución, precepto del cual se derivan los criterios que delimitan el alcance del fuero penal militar, en concreto “servicio activo” y “en relación con el servicio”¹⁶². A continuación se hará referencia a las reglas jurisprudenciales establecidas por la Corte Constitucional en relación con el fuero penal militar.

1. Contenido y alcance del fuero penal militar

La Corte Constitucional en la sentencia C-358 del 5 de agosto de 1997 delimitó el contenido y alcance de la expresión “en

161 Al respecto, la Corte Constitucional manifestó lo siguiente: “Tanto desde el punto de vista de los instrumentos internacionales, de la jurisprudencia y de la doctrina especializada, los elementos comunes que caracterizan el ámbito de aplicación del DIH es el nivel de organización de los actores armados enfrentados y el carácter prolongado de la confrontación. Ello reviste relevancia para excluir de dicho ámbito conceptual los actos de violencia individual, la utilización de la fuerza que no constituya una acción típica militar, o los hechos delincuenciales o criminales ordinarios. Sobre el particular cabe destacar que el artículo 1.º del Protocolo II establece que los actos aislados y esporádicos de violencia definidos por esa norma como tensiones internas y disturbios interiores, no constituyen conflicto armado”.

162 Corte Constitucional, sentencia C-084/16, MP: Luis Ernesto Vargas Silva, 24 de febrero de 2016. Reiterado por la Corte Constitucional en la sentencia C-326 de 2016, MP: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 22 de junio de 2016.

relación con el servicio”, con el fin de establecer cuándo la extralimitación de las facultades conferidas a un miembro de la Fuerza Pública para el ejercicio de sus funciones constitucionales y legales constituye un delito relacionado con el servicio o se trata en realidad de la comisión de un delito común¹⁶³. En este sentido, la Corte Constitucional señaló que el término “servicio” hace referencia a “Las actividades concretas que se orienten a cumplir o realizar las finalidades propias de las fuerzas militares –defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional– y de la policía nacional –mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y la convivencia pacífica”¹⁶⁴.

De acuerdo con la mencionada sentencia, el tipo de conductas a las cuales se aplica el fuero penal militar son aquellas que si bien reflejan aspectos altamente reprochables de la función militar y policial, se originan en tareas y misiones que, en sí mismas, son las que de ordinario integran el concepto constitucional y legal de servicio militar o policial¹⁶⁵. En otras palabras, el fuero penal militar cobija a los miembros activos de la Fuerza Pública que al desempeñar una labor propia del servicio, lo hicieron excediendo sus facultades constitucionales o legales.

163 Corte Constitucional, sentencia C-084/16, MP: Luis Ernesto Vargas Silva, 24 de febrero de 2016.

164 Corte Constitucional, sentencia C-358/97, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, 5 de agosto de 1997. En la sentencia C-878 de 12 de julio de 2000, la Corte Constitucional reiteró lo dicho en la sentencia C-358/97 al establecer que “son de competencia de la jurisdicción penal militar no sólo aquellos delitos que, por su naturaleza, únicamente pueden ser cometidos por los miembros activos de la fuerza pública, tales como el abandono del comando y del puesto; el abandono del servicio; la insubordinación, etc., sino aquellos comunes que se relacionen directa y sustancialmente con las funciones que constitucionalmente está llamada a cumplir la fuerza pública”.

165 Corte Constitucional, sentencia C-358/97, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, 5 de agosto de 1997.

En relación con dicho planteamiento, la Corte Constitucional estableció que deben observarse tres aspectos fundamentales al momento de verificar si el delito o infracción cometida está o no relacionado con el servicio:

- i. el hecho punible debe surgir como una extralimitación o un abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado. El vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio debe ser directo y próximo, y no puramente hipotético y abstracto¹⁶⁶;
- ii. el vínculo entre el hecho delictivo y la actividad relacionada con el servicio se rompe cuando el delito adquiere una gravedad inusitada, tal como ocurre con los llamados delitos de lesa humanidad¹⁶⁷;
- iii. “la relación con el servicio debe surgir claramente de las pruebas que obran dentro del proceso [...] en las situaciones en las que exista duda acerca de cuál es la jurisdicción competente para conocer sobre un proceso determinado, la decisión deberá recaer en favor de la jurisdicción ordinaria, en razón de que no se pudo demostrar plenamente que se configuraba la excepción”¹⁶⁸.

Por otra parte, en la sentencia SU-1184 de 2001 la Corte Constitucional estableció que tampoco pueden quedar amparados por el fuero penal militar los “delitos de omisión impropia, en los cuales el resultado es la violación grave de un derecho fundamental o del derecho internacional humanitario”¹⁶⁹.

166 Ob. cit., 168.

167 Ídem.

168 Corte Constitucional, sentencia C-358/97, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, 5 de agosto de 1997.

169 Cfr. Corte Constitucional, sentencia SU-1184/01, MP: Eduardo Montealegre Lynett, 13 de noviembre de 2001.

En este sentido, la Corte Constitucional excluye del fuero penal militar las siguientes omisiones: “(i) las que se producen en el contexto de una operación que *ab initio* buscaba fines contrarios a los valores, principios o derechos consagrados en la carta; (ii) las que surgen dentro de una operación iniciada legítimamente, pero en su desarrollo se presenta una desviación esencial del curso de la actividad; y (iii) cuando no se impiden las graves violaciones a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario (estando dentro de su ámbito de competencia el deber concreto de evitar los resultados que vulneran los derechos fundamentales)”¹⁷⁰.

Reiterando la anterior línea jurisprudencial, la Corte Constitucional mediante la sentencia C-533 de 2008 estableció que “el fuero militar cubre única y exclusivamente los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, es decir, cuando los mismos se deriven directamente de la función militar o policial que la Constitución, la ley y los reglamentos les han asignado”¹⁷¹. Por tanto, el que un miembro de la Fuerza Pública cometa determinada conducta punible durante el tiempo de servicio, empleando armas de dotación oficial o aprovechándose de su investidura¹⁷², no significa que el conocimiento y juzgamiento del caso corresponda a la jurisdicción militar, puesto que se requiere que el acto derive directamente de la función asignada por la Constitución y la Ley.

En este sentido, la Corte Constitucional en la sentencia C-878 de 2000 estableció que deben quedar excluidas del conocimiento de la justicia penal militar todas las conductas “abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo

170 Ob. cit., 125.

171 Corte Constitucional, sentencia C-533/08, MP: Clara Inés Vargas Hernández, 28 de mayo de 2008.

172 Ídem.

funcional del agente con el servicio"¹⁷³, como es el caso de los crímenes de guerra y de los delitos de lesa humanidad¹⁷⁴. Lo anterior fue reiterado por la Corte en la sentencia C-388 de 2014 al señalar que "los delitos de tortura, genocidio, desaparición forzada, los delitos de lesa humanidad y los atentados contra el derecho internacional humanitario suponen una ruptura con el servicio"¹⁷⁵.

En lo concerniente a los crímenes de guerra, la Corte Constitucional en la sentencia C-1076 de 2002 indicó que se trata de actos "encaminados a destruir intencionalmente bienes civiles, el empleo de medios y métodos de combate ilícitos, a violaciones al principio de proporcionalidad que orienta la relación entre ventaja militar y consideraciones de humanidad, así como a ultrajes flagrantes a la dignidad humana de los miembros de la población civil y de los combatientes que se encuentran *hors de combat*"¹⁷⁶. Según el artículo 8.º del Estatuto de Roma de 1998, en el caso de un conflicto armado no internacional dichos actos son "cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos

173 Corte Constitucional, sentencia C-388/14, MP: Luis Guillermo Guerrero Pérez, 25 de junio de 2014; véase también: sentencia C-878/00. En este sentido, el artículo 217 de la Constitución Política dispone que las Fuerzas Militares tienen la función de defender la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional. En relación con la función de garantizar el orden constitucional la Corte Constitucional en la sentencia SU-1184 de 2001 estableció que "dicho orden no se limita a preservar la estructura democrática del país, sino que comprende el deber de participar activa y eficazmente (C. P., art. 209) en la defensa de los derechos constitucionales de los asociados". Así las cosas, las Fuerzas Militares tienen la obligación de proteger los derechos de la población civil (que no pueden ser suspendidos ni siquiera en una situación de conflicto armado interno) frente a las acciones criminales de los grupos armados organizado.

174 Corte Constitucional, sentencia SU-1184/01, MP: Eduardo Montealegre Lynett, 13 de noviembre de 2001; Corte Constitucional, sentencia C-388/14, MP: Luis Guillermo Guerrero Pérez, 25 de junio de 2014.

175 Ob. cit., 176.

176 Corte Constitucional, sentencia C-1076/02, MP: Clara Inés Vargas Hernández, 5 de diciembre de 2002.

los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y los que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, lesiones, detención o cualquier otra causa"¹⁷⁷.

De acuerdo con lo anterior, se establece que los crímenes de guerra constituyen violaciones graves al DIH en el marco de la conducción de hostilidades. El artículo 8.º del Estatuto de Roma de 1998 considera como crímenes de guerra, entre otros, los siguientes actos: (i) los enumerados en el artículo 3.º común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949; (ii) violencia contra la vida y la persona, en especial cualquier tipo de asesinato, mutilación, tratamiento cruel y tortura; (iii) ultrajes contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; (iv) condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal regularmente constituido, con todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables; dirigir intencionalmente ataques contra la población civil como tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades; (v) dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y medios de transporte sanitarios y contra el personal que utilicen los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional; y (vi) matar o herir a traición a un combatiente adversario; entre otros¹⁷⁸.

Si bien las reglas jurisprudenciales que delimitan el contenido y alcance del fuero penal militar siguen siendo las mismas a pesar de la reforma del artículo 221 constitucional,

177 Ídem. Para la estructuración de un crimen de guerra en el contexto de un conflicto armado interno, son dos los elementos generales a dichos crímenes: (i) que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado no internacional y haya estado relacionada con él; y (ii) que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado. Cfr. AMBOS, KAI. *Elementos del crimen así como reglas de procedimiento y prueba de la Corte Penal Internacional*, 2000, p. 3.

178 Estatuto de Roma, artículo 8, párrafo 2, literales c y e.

no hay claridad sobre los casos que, relacionados con un conflicto armado interno o un enfrentamiento que reúna las condiciones objetivas del DIH, son competencia de la jurisdicción penal militar.

Tradicionalmente, la doctrina penal ha identificado como delitos cuya competencia corresponde a la jurisdicción penal militar: (i) los delitos militares *stricto sensu*; (ii) los delitos militares *lato sensu*; y (iii) los delitos de función¹⁷⁹. El primer grupo está integrado por “aquellos ilícitos penales que vulneran exclusiva y únicamente bienes jurídicos militares y sólo pueden ser cometidos por personal militar o policial”¹⁸⁰. Por su parte, el segundo grupo está conformado por “aquellos ilícitos penales de naturaleza pluriofensiva, toda vez que vulneran tanto bienes jurídicos protegidos por la ley penal ordinaria como bienes jurídicos militares, pero en los que se considera que el bien jurídico militar es prevalente”¹⁸¹. En cuanto a los delitos de función, estos se refieren a los ilícitos penales cometidos por miembros de la Fuerza Pública en relación con el ejercicio de sus funciones constitucionales y legales¹⁸².

Como se pudo ver en párrafos anteriores, la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia se ha pronunciado sobre los delitos de función al establecer el contenido y alcance de la expresión “en relación con el servicio” esto, con el objeto de establecer las conductas que no son competencia de la jurisdicción penal militar por considerar que

179 Comisión Colombiana de Juristas. *Tribunales militares y graves violaciones de derechos humanos*, 2011, p. 91.

180 Ídem. Constituyen ejemplos típicos de delitos militares *stricto sensu*: “el delito de centinela, el abandono del puesto, el delito de cobardía, la insubordinación y la desertión”.

181 Ob. cit., 182, p. 92. “Son ejemplo de este tipo de delitos ciertas modalidades de hurto de material militar por personal militar”.

182 Cfr. Comisión Colombiana de Juristas. *Tribunales militares y graves violaciones de derechos humanos*, 2011, p. 93.

no guardan relación alguna con las funciones que constitucional y legalmente se le ha asignado a la Fuerza Pública, como es el caso de los denominados “crímenes de guerra”, actos que *ab initio* rompen todo nexo con el servicio.

En cuanto al elemento “relación directa y próxima”, la Corte Constitucional en la sentencia C-358 de 1997 estableció que la exigencia de una relación directa entre la infracción y la función constitucional y legal “obedece a la necesidad de preservar la especialidad del derecho penal militar y de evitar que el fuero militar se expanda hasta convertirse en un puro privilegio estamental”¹⁸³. De acuerdo con esto, no puede entenderse que toda actuación que realice un miembro de la Fuerza Pública en el contexto del conflicto armado interno está comprendida dentro del concepto de servicio y, por lo tanto, es competencia de la jurisdicción penal militar. Se requiere que exista un nexo directo y real, no meramente hipotético y abstracto, entre la actuación del agente y la función a su cargo¹⁸⁴.

Por otra parte, en reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional ha precisado que en los casos en que se presenten dudas sobre la existencia de los presupuestos que habilitan la aplicación del fuero penal militar la jurisdicción ordinaria será la competente. Debido a que la jurisdicción penal militar constituye la excepción a la regla general de competencia, sólo será competente en los casos en que no existan dudas sobre la relación directa y próxima entre la conducta ejercida por un miembro de la Fuerza Pública y el servicio¹⁸⁵.

183 Ídem.

184 Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-358/1997, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, 5 de agosto de 1997.

185 Ídem; Corte Constitucional, sentencia C-368/2000, MP: Carlos Gaviria Díaz, 29 de marzo de 2000; Corte Constitucional, sentencia C-361/2001, MP: Marco Gerardo Monroy Cabra, 2 de abril de 2001; Corte Constitucional, sentencia SU-1184/2001, MP: Eduardo Montealegre Lynett, 13 de noviembre de 2001; Corte Constitucional, sentencia C-388/2014, MP: Luis Guillermo Guerrero

No obstante lo anterior, el elemento funcional “en relación con el servicio” puede resultar ambiguo al momento de establecer la competencia o no de la justicia penal militar para conocer determinado caso. Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia C-326 de 2016 manifestó que un acto ejecutado por un miembro de la Fuerza Pública durante la prestación del servicio a su cargo y en relación con este no podría denominarse delictivo, a menos que se trate de “actos que, aunque ejecutados durante el servicio y en relación con él, solo podrían ser explicados como desviaciones, de lo que como acto de servicio debía haberse cumplido”¹⁸⁶. De acuerdo con esto, el fuero penal militar también abarcaría los casos de extralimitación en el ejercicio de la función constitucional y legal.

Por ejemplo, si en el contexto del conflicto armado interno un miembro de las Fuerzas Militares en cumplimiento estricto de las funciones impuestas por la Constitución y la Ley ejerce una fuerza más de la necesaria para la consecución de un objetivo militar legítimo y, como consecuencia de ello, causa lesiones a la población civil, tal extralimitación en el ejercicio de la función deberá ser sometida a conocimiento de la jurisdicción penal militar para que ésta investigue y juzgue la actuación conforme con los principios y normas del DIH¹⁸⁷.

Ahora bien: para una mejor comprensión de los casos que, relacionados con un conflicto armado interno o enfrentamiento que reúna las condiciones objetivas del DIH,

Pérez, 25 de junio de 2014. De acuerdo con la Corte Constitucional, la relación con el servicio debe surgir de las pruebas que obran dentro del proceso (Corte Constitucional, sentencia C-358/1997, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, 5 de agosto de 1997).

186 Corte Constitucional, sentencia C-326/2016, MP: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 22 de junio de 2016.

187 Ob. cit., 174. De igual forma lo había establecido la Corte Constitucional en la sentencia C-358 de 1997: “[...] el exceso o la extralimitación deben tener lugar durante la realización de una tarea que en sí misma constituya un desarrollo legítimo de los cometidos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional”.

pueden ser de competencia de la jurisdicción penal militar, resulta pertinente lo planteado por la Corte Constitucional en la sentencia SU-1184 de 2001 sobre los excesos cuantitativos y los excesos cualitativos.

Conforme a la Corte Constitucional, un miembro activo de la Fuerza Pública podrá ser investigado y juzgado por la jurisdicción penal militar cuando en el cumplimiento de un fin constitucional y legal hay “un error en la intensidad de su actuar que implica un desbordamiento de la función pública” (exceso cuantitativo)¹⁸⁸. Por ejemplo, cuando al capturar un individuo el miembro de la Fuerza Pública se excede en el uso de la fuerza y le ocasiona a aquel un daño a su integridad personal¹⁸⁹.

En los casos en que la extralimitación en el cumplimiento de una función constitucional y legítima obedece a “la creación de una nueva relación de riesgo (exceso cualitativo) completamente ajena al acto del servicio programado” y no a un error en la intensidad del actuar, la jurisdicción penal militar no podrá asumir competencia, verbigracia, el caso en que un miembro de la fuerza pública después de capturar a una persona en cumplimiento de una orden judicial, no la conduce ante la autoridad competente sino que la conduce a un lugar oculto, la tortura para obtener información y finalmente la asesina¹⁹⁰.

Sin embargo, la Corte establece que existen comportamientos que a pesar de haberse iniciado en cumplimiento de una función legítima siempre van a considerarse como ajenos al servicio¹⁹¹. Tal es el caso de las violaciones graves a los derechos humanos o al DIH, situaciones en donde bajo

188 Ob. cit., 125, párr. 19.

189 Ídem.

190 BERNAL CUÉLLAR, JAIME y MONTEALEGRE LYNETT, EDUARDO. *El proceso penal. Fundamentos constitucionales del nuevo sistema penal acusatorio*, 5.ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 106-107.

191 Ob. cit., 123, párr. 19.

ninguna circunstancia puede afirmarse que la Fuerza Pública está cumpliendo una función constitucional y legal¹⁹².

De acuerdo con lo establecido por la Corte Constitucional, se deduce que los excesos denominados “cualitativos” son competencia exclusiva de la jurisdicción ordinaria, como es el caso de los crímenes de guerra, conductas que rompen todo nexo con el servicio. En cambio, los casos de excesos cuantitativos, que guarden relación con el servicio, verbi-gracia, extralimitaciones en el uso de la fuerza letal, sí son competencia de la jurisdicción penal militar, salvo que se trate de desviaciones esenciales como es el caso de las violaciones graves a los derechos humanos o al DIH.

Como se puede observar, resulta imperativo que el Congreso de la República mediante la aprobación de una ley establezca las situaciones en que los excesos cuantitativos en la función constitucional y legal no suponen una ruptura con el servicio y, por ende, la jurisdicción penal militar es la competente. De otra manera, no habría claridad en cuanto a las conductas punibles que, relacionadas con el conflicto armado interno o un enfrentamiento que reúna las condiciones objetivas del DIH, puedan ser competencia de la jurisdicción penal militar.

Frente a la ausencia de regulación legal, el operador jurídico deberá aplicar las reglas jurisprudenciales de la Corte Constitucional en relación con el contenido y alcance del fuero penal militar, a saber: (i) el presunto autor de la conducta sea un miembro activo de la Fuerza Pública; (ii) el comportamiento presuntamente realizado por un miembro de la Fuerza Pública guarde una relación directa y próxima con el ejercicio de una función constitucional y legal; (iii) en caso de presentarse duda respecto de la existencia de los

192 Corte Constitucional, sentencia SU-1184/2001, MP: Eduardo Montealegre Lynett, 13 de noviembre de 2001, párr. 19.

anteriores elementos, se resolverá el conflicto de competencia en favor de la jurisdicción ordinaria; (iv) la jurisdicción penal militar podrá investigar y juzgar los errores en la intensidad del actuar de un miembro de la Fuerza Pública en el cumplimiento de un fin constitucional y legal (excesos cuantitativos); (v) la jurisdicción penal militar no podrá asumir competencia en los casos en que un miembro de la Fuerza Pública presuntamente ha incurrido en un desvío esencial en la función constitucional y legal (exceso cualitativo); y (vi) las violaciones graves a los derechos humanos o al DIH rompen todo nexo funcional entre el actuar de un miembro de la Fuerza Pública con el servicio¹⁹³.

**D. Directiva 003 del 17 de diciembre de 2015,
“por medio de la cual se establecen las pautas
para la persecución penal de los crímenes
de guerra en el territorio nacional”**

La Fiscalía General de la Nación reconoce en la Directiva 003 del 17 de diciembre de 2015 que un conflicto armado interno constituye una situación excepcional que está regulada por un régimen jurídico específico: el DIH. Dicho cuerpo normativo está integrado por normas y principios que regulan el uso de la fuerza durante la conducción de hostilidades. Sobre el particular, la Fiscalía señala que conforme a las disposiciones del DIH las Fuerzas Militares tienen autorización para planear y ejecutar operaciones militares con uso

193 Corte Constitucional, sentencia C-358/1997, MP: Eduardo Cifuentes, 5 de agosto de 1997; Corte Constitucional, sentencia C-368/2000, MP: Carlos Gaviria Díaz, 29 de marzo de 2000; Corte Constitucional, sentencia C-361/2001, MP: Marco Gerardo Monroy Cabra, 2 de abril de 2001; Corte Constitucional, sentencia SU-1184/2001, MP: Eduardo Montealegre Lynett, 13 de noviembre de 2001; Corte Constitucional, sentencia C-388/2014, MP: Luis Guillermo Guerrero Pérez, 25 de junio de 2014.

de la fuerza letal¹⁹⁴. Siendo el uso de la fuerza inherente a un conflicto armado interno, los fiscales deberán orientar la investigación sobre alegadas comisiones de crímenes de guerra por parte de miembros de las Fuerzas Militares, de acuerdo con los principios y reglas establecidos por el DIH.

En ese sentido, la Directiva 003 de 2015 establece que el primer aspecto por evaluar en estos casos es la existencia de un conflicto armado no internacional, pues de esto dependerá si hay o no lugar a la aplicación del DIH. Para este efecto, se apoya en el concepto que el TPIY ha hecho de un conflicto armado no internacional, a saber: “violencia armada prolongada entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados, o entre tales grupos, dentro de un Estado”¹⁹⁵. Así mismo, se fundamenta en los elementos objetivos que el citado tribunal ha señalado como imprescindibles para constatar la existencia de un conflicto armado interno: (i) el grado de organización del grupo armado, lo cual significa que éste debe estar bajo la dirección de un mando responsable y contar con una estructura que le permita efectuar operaciones militares sostenidas y concertadas; y (ii) la violencia desplegada por el grupo armado organizado cuente con un nivel suficiente de intensidad¹⁹⁶.

Una vez se constata la existencia de un conflicto armado no internacional como presupuesto material para la aplicación del DIH, los fiscales podrán orientar su investigación de acuerdo con los principios y reglas de este cuerpo normativo, con el objeto de determinar si la fuerza desplegada por un miembro de las Fuerzas Militares (i) se dirigió contra un objetivo militar legítimo; (ii) fue proporcional respecto de la

194 Fiscalía General de la Nación. Directiva 003 del 17 de diciembre de 2015, “Por medio de la cual se establecen las pautas para la persecución penal de los crímenes de guerra en el territorio nacional”, p. 11.

195 Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. Fiscal v. Dusko Tadic, Sala de Apelaciones, sentencia del 2 de octubre de 1995, párr. 70.

196 Ob. cit., 197, p. 2.

ventaja militar; (iii) se ejerció con las precauciones debidas; (iv) no causó sufrimientos innecesarios y (v) si los medios y métodos empleados no están prohibidos por el DIH.

Según el DIH, las partes en conflicto tienen la obligación de distinguir en todo momento las personas que participan directamente de las hostilidades de las que no. Sin embargo, las precisiones contenidas en el artículo 3.º común y en el artículo 4.º del Protocolo II adicional sobre la protección debida a quienes no participen directamente de las hostilidades no establecen el alcance de la expresión “participación directa”. En razón de esto, la Directiva 003 de la Fiscalía General de la Nación, con base en la guía del Comité Internacional de la Cruz Roja¹⁹⁷, establece que en los conflictos armados internos pueden diferenciarse tres formas de participación en las hostilidades: (i) personas civiles que participan directamente en las hostilidades; (ii) miembros de un grupo armado organizado; y (iii) personas civiles que participan indirectamente en las hostilidades¹⁹⁸.

En relación con el primer grupo¹⁹⁹, se considera que la participación en las hostilidades es directa cuando: (i) la persona civil realiza actos que alcanzan o tienen la potencialidad de alcanzar el umbral de daño exigido por el DIH; (ii) existe un nexo causal (se espera que el acto cause un daño que cumple con el umbral exigido por el DIH); y (iii) existe un nexo beligerante (el acto se realiza con el propósito de apoyar a una parte del conflicto en detrimento de la otra)²⁰⁰. Estos individuos pierden la protección que apareja el estatus de ‘civil’ y, por lo tanto, serán considerados objetivos militares

197 Comité Internacional de la Cruz Roja. *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*, diciembre de 2010.

198 Ob. cit., 197.

199 Ob. cit., 197, p. 5.

200 Ídem.

legítimos durante el tiempo que dure su participación en las hostilidades.

En el caso de los grupos armados organizados, se considerarán miembros de éste a aquellos que realizan funciones permanentes dentro del grupo y asuman una función continua de combate²⁰¹. Finalmente, se considera participación indirecta en las hostilidades el apoyo prestado a una de las partes en conflicto sin efectuar ataques directos contra la otra parte²⁰². Los individuos pertenecientes a esta última categoría no dejan de ser considerados “persona civil”, de manera que en ninguna circunstancia constituyen un objetivo militar legítimo.

Ahora bien, la fuerza letal que las Fuerzas Militares ejerzan contra aquellos que participan directamente de las hostilidades debe ser conforme con los principios y normas consagrados por el DIH para tal efecto. En otras palabras, para que el empleo de la fuerza letal se considere legítimo es menester que se respeten los principios de distinción, limitación, humanidad, precaución, proporcionalidad y necesidad militar.

A partir de los anteriores lineamientos, la Fiscalía General de la Nación puede establecer si el empleo de la fuerza por parte de un miembro de las Fuerzas Militares, con ocasión y en desarrollo del conflicto armado interno, consistió o no en una conducta ajustada a los principios y normas establecidos por el DIH. En términos de la Fiscalía General de la Nación, “estas normas de conducta son la fuente que sirven [*sic*] para interpretar la tipicidad o atipicidad de la conducta dentro de ese sistema de derecho”²⁰³.

Por último, al momento de la investigación el fiscal deberá considerar que las Fuerzas Militares cuentan con un margen de apreciación en la valoración del uso de la fuerza

201 Ob. cit., 197, p. 7.

202 Ob. cit., 197, p. 8.

203 Ob. cit., 197, p. 24.

letal²⁰⁴, dadas las circunstancias en que se ejecuta una operación militar, verbigracia, enfrentamientos con altos niveles de violencia y tensión. En este sentido, el fiscal evaluará la información con la que contaba el miembro de la Fuerza Pública al momento de ejecutar una operación militar²⁰⁵. En este caso se estimará pertinente aquella información que ver-se sobre aspectos tales como: objetivos militares legítimos, ponderación de los medios y métodos de combate y sus posibles efectos (en términos de civiles muertos y heridos y daños a bienes de carácter civil)²⁰⁶ y medidas adoptadas para proteger a la población civil, personas civiles, miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas, personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa análoga y bienes de carácter civil.

CONCLUSIONES DE LA SEGUNDA PARTE

Primera. Los elementos objetivos que configuran la existencia de un conflicto armado interno continuarán subsistiendo después de la firma del Acuerdo de Paz entre el Gobierno Nacional y las FARC-EP²⁰⁷. En consecuencia, las Fuerzas Militares

204 Ob. cit., 197.

205 Cfr. Fiscalía General de la Nación. Directiva 003 del 17 de diciembre de 2015, "Por medio de la cual se establecen las pautas para la persecución penal de los crímenes de guerra en el territorio nacional".

206 Comité Internacional de la Cruz Roja. *Violencia y uso de la fuerza*, septiembre de 2008, p. 45.

207 Con base en los resultados del plebiscito no podía ser implementado por el presidente de la República. Al respecto la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-379 de 2016, estableció lo siguiente: "[...] la Corte advierte que los potenciales efectos aprobatorios del Acuerdo Final, solo tienen como objeto activar la implementación del mismo, así como darle legitimidad democrática y estabilidad temporal. En el caso contrario, esto es, la desaprobación del plebiscito especial, lo que se afecta es la implementación normativa del Acuerdo por parte del Presidente de la República, pero ello no significa que la decisión del Pueblo haya privado de contenido al derecho a la paz, pues esto no es lo que se somete a discusión, ni menos que afecte el ejercicio de acciones para la conservación del orden público, entre ellas la suscripción

continuarán planeando y ejecutando operaciones militares conforme a los principios y normas del DIH. Por lo tanto, el empleo de la fuerza letal por parte de los miembros de las Fuerzas Militares deberá obedecer a los principios de distinción, precaución, proporcionalidad, limitación, humanidad y necesidad militar²⁰⁸.

En los eventos en que se realicen investigaciones y juzgamientos por presunta extralimitación cuantitativa en el uso de la fuerza por parte de un miembro de las Fuerzas Militares, deberá establecerse si, conforme con las pruebas que obran en el expediente, tal exceso guarda una relación directa y próxima con la función constitucional y legal asignada o si se trata de un acto contrario a dicha función como, por ejemplo, un crimen de guerra (exceso cualitativo). En el primer escenario, la jurisdicción competente será la penal militar, mientras que en el segundo, la jurisdicción ordinaria será la encargada de conocer el caso.

No obstante, en cualquiera de los dos escenarios el operador jurídico designado para orientar la investigación o efectuar el juzgamiento deberá seguir la misma regla: conducir su análisis a la luz de las disposiciones del DIH. Lo anterior debido a que la obligación impuesta mediante el Acto Legislativo 1 de 2015 a los fiscales y jueces de investigar y juzgar la presunta comisión de un acto punible por parte de un miembro del Ejército, conforme a las normas y los

de acuerdos de paz con grupos armados al margen de la ley [...]". Corte Constitucional, sentencia C-379 de 2016, MP: Luis Ernesto Vargas Silva, 18 de julio de 2016. Con posterioridad, el 24 de noviembre de 2016 el Gobierno Nacional y las FARC-EP firmaron el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera.

208 El derecho internacional humanitario contiene las disposiciones que regulan los medios y métodos de combate, y establece los principios para el uso legítimo de la fuerza durante la conducción de hostilidades, es el cuerpo normativo aplicable para determinar si hubo exceso, irregularidad o defecto en el uso de la fuerza por parte de un miembro de las Fuerzas Militares con ocasión y en desarrollo de un conflicto armado no internacional.

principios del DIH, se fundamenta en la especialidad de la labor que realizan las Fuerzas Militares en el contexto de un conflicto armado interno²⁰⁹ y no en el tipo de jurisdicción²¹⁰. Sin embargo, no es excluyente considerar la creación de una jurisdicción ordinaria especializada, conformada por personas altamente calificadas en materia de DIH y derechos humanos²¹¹, en la cual se garantice la independencia, imparcialidad y eficacia durante las etapas de investigación, juzgamiento y sanción de agentes estatales involucrados en la comisión de infracciones graves al DIH o violaciones a los derechos humanos²¹².

-
- 209 La Constitución Política consagra en su artículo 217 la obligación que tienen las Fuerzas Armadas de garantizar el orden constitucional. Ello implica la defensa de los derechos constitucionales de los asociados, lo que en el contexto de un conflicto armado interno, comporta el uso de la fuerza letal con el propósito de proteger a la población civil de los grupos armados organizados que amenazan con la violación de sus derechos. Cfr. Corte Constitucional, sentencia SU-1184/01, MP: Eduardo Montealegre Lynett, 13 de noviembre de 2001.
- 210 De acuerdo con lo establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C-084 de 2016, la obligación impuesta mediante el Acto Legislativo 1 de 2015 a los fiscales y jueces, de investigar y juzgar la presunta comisión de un acto punible por parte de un miembro del Ejército, conforme a las normas y los principios del DIH, no excluye la aplicación de las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos.
- 211 No es excluyente que esta jurisdicción especializada esté conformada por civiles y militares. Sobre el particular, los ejemplos proporcionados por el Reino Unido y Brasil resultan pertinentes. En el caso del Reino Unido, el primer grado de jurisdicción de las cortes marciales está integrado por oficiales en servicio activo de las Fuerzas Armadas y magistrados profesionales (*Tribunales militares y graves violaciones de derechos humanos*, Comisión Colombiana de Juristas, 2011, pp. 59-60) y el segundo grado de jurisdicción está integrado únicamente por magistrados profesionales civiles (*Tribunales militares y graves violaciones de derechos humanos*, Comisión Colombiana de Juristas, 2011, pp. 59-60). Por su parte, el Tribunal Superior Militar de Brasil, está conformado por “quince ministros vitalicios, nombrados por el Presidente de la República después de aprobación del Senado, de los cuales cinco son magistrados civiles” (*Tribunales militares y graves violaciones de derechos humanos*, Comisión Colombiana de Juristas, 2011, pp. 59-60).
- 212 Como ilustración de lo anterior, se destaca el caso de Guatemala, país que optó por disponer que los tribunales militares tienen competencia únicamente respecto de los delitos o faltas esencialmente militares y, en este sentido,

Segunda. La postura adoptada por la Corte Constitucional en la sentencia C-084 de 2016 respecto de la aplicación del DIH por parte de las jurisdicciones ordinaria y penal militar durante las etapas de investigación y juzgamiento de los actos cometidos por miembros de la Fuerza Pública, con ocasión y en razón del conflicto armado interno o de un enfrentamiento armado que reúna las condiciones objetivas de este, resulta a todas luces acertada pues con ella la Corte reconoce que en dicho contexto el uso de la fuerza es la primera opción para las Fuerzas Militares y el DIH es el cuerpo normativo que regula los medios y métodos para su empleo.

Las graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al DIH, verbigracia, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra²¹³, siguen estando por fuera del ámbito

atribuyó a los tribunales ordinarios la competencia sobre los delitos o faltas comunes o conexos cometidos por militares (cfr. Oficina de la ONU para los Derechos Humanos en Colombia. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos y justicia penal militar*. Agosto 12 de 2001. Disponible en [www.menschenrechte.org/lang/es/verstehen/derecho-internacional], consultado: 26 de febrero de 2017). Artículo 219 de la Constitución. “Tribunales militares. Los tribunales militares conocerán de los delitos o faltas de naturaleza estrictamente militar tipificados en el código militar, cometidos por integrantes del Ejército de Guatemala. Ningún civil podrá ser juzgado por tribunales militares.” Una variante de la situación expuesta es la experiencia de Portugal en donde, durante los tiempos de paz, los crímenes de resorte militar son de competencia exclusiva de la jurisdicción ordinaria, a través de salas especializadas. Ob. cit., 3, p. 59. Esto no significó la desaparición de la figura de los jueces militares ni la no aplicación del Código de Justicia Militar, puesto que “el nuevo Código de Justicia Militar sentó como principio el carácter de *lex specialis* de la legislación penal militar, al disponer que la legislación penal ordinaria se aplicará en tanto no sea contraria al estatuto penal militar” (*Tribunales militares y graves violaciones de derechos humanos*, Comisión Colombiana de Juristas, 2011, p. 59). Al igual que Portugal, Ecuador se inclinó por este modelo al establecer en el artículo 160 de su nueva Constitución que “los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional serán juzgados por los órganos de la Función Judicial; en el caso de delitos cometidos dentro de su misión específica, serán juzgados por salas especializadas en materia militar y policial, pertenecientes a la misma Función Judicial” (*Tribunales militares y graves violaciones de derechos humanos*, Comisión Colombiana de Juristas, 2011, p. 59).

213 “Los crímenes de guerra atentan contra bienes jurídicos protegidos por el Derecho Internacional y el orden público internacional. De allí que su represión

de competencia de la jurisdicción penal militar²¹⁴. Cuando un miembro de las Fuerzas Militares es acusado de haber cometido presuntamente una de las mencionadas conductas, es la jurisdicción ordinaria la encargada de conducir la investigación y el juzgamiento del presunto autor²¹⁵.

Los bienes jurídicos lesionados por la comisión de graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al DIH no corresponden a aquellos propios de la institución castrense, es decir, aquellos “relacionados con la disciplina a la cual se encuentran obligados los militares y con los deberes especiales en relación con el servicio”²¹⁶. Estas conductas son completamente opuestas a las funciones asignadas por mandato constitucional a las Fuerzas Militares²¹⁷ y constituyen una negación flagrante de la dignidad humana y demás derechos protegidos aún en el contexto de un conflicto armado de carácter no internacional al no admitirse su suspensión²¹⁸, razón por la cual no podría predicarse nexa alguno con el servicio.

esté sometida a ciertas reglas –jurisdicción universal, imprescriptibilidad, obligación de extraditar, no amnistía, entre otras– que no se predicar de los delitos militares.” *Movimiento de víctimas y movimiento de derechos humanos en Colombia. Propuestas mínimas sobre verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición*, 2013, p. 15.

214 Corte Constitucional, sentencia C-358/1997, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, 5 de agosto de 1997; Corte Constitucional, sentencia C-368/2000, MP: Carlos Gaviria Díaz, 29 de marzo de 2000; Corte Constitucional, sentencia C-361/2001, MP: Marco Gerardo Monroy Cabra, 2 de abril de 2001; Corte Constitucional, sentencia SU-1184/2001, MP: Eduardo Montealegre Lynett, 13 de noviembre de 2001; Corte Constitucional, sentencia C-388/2014, MP: Luis Guillermo Guerrero Pérez, 25 de junio de 2014.

215 Ob. cit., 197.

216 Corte Constitucional, sentencia C-709/02, MP: Alfredo Beltrán Sierra, 3 de septiembre de 2002.

217 Artículo 217, Constitución Política de Colombia: “[...] Las fuerzas militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional [...]”. Disponible en [www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf].

218 Entre los derechos que no admiten suspensión aún en situaciones de conflicto armado interno se encuentran: derecho a la vida, prohibición de la tortura, obligaciones que impone el derecho internacional humanitario.

Al tener las Fuerzas Militares la obligación de promover y respetar las normas y los principios del DIH, todo acto encaminado a quebrantarlos se opone al cumplimiento de dicho deber. En el caso de los crímenes de guerra, que constituyen en su mayoría infracciones a las normas y los principios establecidos por el DIH, se rompe desde el principio toda relación con el servicio, lo cual en el ámbito judicial se traduce en la prohibición que tales conductas sean investigadas, juzgadas y sancionadas por la jurisdicción penal militar. En otras palabras, ninguna violación de las leyes o usos de la guerra puede entenderse comprendida dentro del ámbito de aplicación del fuero penal militar.

Si bien no hay duda en relación con los casos en que la jurisdicción penal militar no es competente, es necesario que se regule mediante una ley los casos en que un exceso cuantitativo en el ejercicio de la función constitucional y legal por parte de un miembro de la Fuerza Pública, en relación con el conflicto armado interno o en un enfrentamiento que reúna las condiciones objetivas del DIH, no supone ruptura con el servicio y, por ende, la jurisdicción penal militar es competente para investigarlos y juzgarlos a la luz de las normas y los principios del DIH. En el entretanto, los operadores jurídicos deberán hacer uso de las reglas jurisprudenciales establecidas por la Corte Constitucional en relación con el fuero penal militar (servicio activo y en relación con el servicio).

BIBLIOGRAFÍA

- COMANDO GENERAL DE LAS FUERZAS MILITARES. (2009). *Manual de derecho operacional. Manual FF. MM. 3-41 público*. Bogotá: Comando General de las Fuerzas Militares.
- COMANDO GENERAL DE LAS FUERZAS MILITARES. (2015). *Manual FF. MM. 3-41 público. Manual de derecho operacional para las Fuerzas Militares*. Bogotá: Imprenta y Publicaciones de las Fuerzas Militares.

- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. (2012). *Los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja.
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. (2012). *Protocolos adicionales a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja.
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. (2015). *Derecho internacional humanitario. Respuestas a sus preguntas*. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja.
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. (2015). *Reglas y normas internacionales aplicables a la función policial*. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja.
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. (2015). *Violencia y uso de la fuerza*. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja.
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. (2015). xxxii Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*. Ginebra: 2015.
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. (2016). *Manual de normas internacionales que rigen las operaciones militares*. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja.
- KALSHOVEN, F. & ZEGVELD, L. (2001). *Restricciones en la conducción de la guerra. Introducción al derecho internacional humanitario*. Buenos Aires: Comité Internacional de la Cruz Roja.
- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL. (2008). *Política integral de DD. HH. y DIH*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL. (2008). *Un año para la historia. Informe anual ministro de Defensa, julio de 2007-julio de 2008*. Bogotá: Imprenta Nacional.

- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL. (2011). *Política integral de seguridad y defensa para la prosperidad*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL. (27 de mayo de 2011). Directiva Permanente 14. Bogotá.
- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL. (23 de octubre de 2012). Directiva Permanente 35. Bogotá.
- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL. (22 de abril de 2016). Directiva Permanente 15. Bogotá.
- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL. (7 de mayo de 2016). Directiva Permanente 16. Bogotá.
- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL. (2016). *Política de Defensa y Seguridad, Todos por un Nuevo País*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL. (2016). *Memorias al Congreso 2015-2016*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL. (2016). *Plan estratégico del sector defensa y seguridad. Guía de planeamiento estratégico 2016-2018*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- MELZER, N. (2010). *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario*. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja.
- SALMÓN, E. (2012). *Introducción al derecho internacional humanitario*. Perú: Comité Internacional de la Cruz Roja.
- VILLA, A. V. (2013). *Derecho Internacional Humanitario. Conceptos básicos. Infracciones en el conflicto armado colombiano*. Bogotá: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
- WENGER, A., & J. A. MASON, S. (2008). Participación directa de civiles en conflictos armados: tendencias e implicancias. *Revista Internacional de la Cruz Roja*. Selección de artículos 2008, 399-418.

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia

Sentencia C-225, 18 de mayo de 1995.

Sentencia C-578, 4 de diciembre de 1995.

Sentencia C-358, 5 de agosto de 1997.

Sentencia C-317, 2 de mayo de 2002.

Sentencia C-578, 30 de julio de 2002.

Sentencia C-291, 25 de abril de 2007.

Sentencia C-084, 24 de febrero de 2016.